

Université Panthéon-Assas

Thèse de doctorat en science juridique
(droit européen)
soutenue le 4 juillet 2011

**Influence des concentrations sur
l'achèvement et le fonctionnement de
marché intérieur de l'énergie**



Université Panthéon-Assas

Ivan STOYNEV

Sous la direction de Monsieur le professeur Claude BLUMANN

Rapporteur : Monsieur le professeur Yves PETIT (Université Nancy 2)

Madame le professeur Fabienne PERALDI-LENEUF (Université Lille II)

Membres du jury : Monsieur le professeur Claude BLUMANN (Université Paris II)

Monsieur le professeur Dominique BERLIN (Université Paris II)

Monsieur le professeur Atanas SEMOV (Université de Sofia)

A mes parents,
Mes soutiens de chaque jour.

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Une recherche doctorale est une aventure passionnante... souvent longue et ardue, ponctuée, de moments parfois difficiles, d'impasses, de doutes, mais aussi de beaucoup d'autres périodes d'échanges et rencontres des plus stimulantes... ! Au final cela reste, un parcours intensément riche tant sur le plan humain qu'intellectuel. Pour cheminer dans les méandres de la connaissance, certains conseils et assistance se sont révélés essentiels.

Mes premiers remerciements s'adressent donc tout particulièrement à mon directeur de thèse professeur Claude BLUMANN, qui, tout au long de mon travail, m'a dirigée et conseillée avec tant de disponibilité. Soyez assuré de ma profonde gratitude.

Mes plus grands remerciements vont vers ceux qui ont, si généreusement, su me soutenir, tout particulièrement Atanas SEMOV, Ivaylo KATSAROV et Sylvia BOTEVA.

Je tiens également à remercier Monsieur le professeur Yves PETIT, Madame le professeur Fabienne PERALDI-LENEUF et Monsieur le professeur Dominique BERLIN : votre participation à ce jury de thèse est pour moi un très grand honneur.

Mes remerciements vont enfin à ma famille, qui a subi au quotidien ces quelques années, parfois difficiles, sans jamais perdre patience. Je n'aurais certainement pas mené ce travail à bien sans son précieux soutien. Elle trouve ici l'expression de ma reconnaissance.

Résumé :

La réalisation du marché intérieur de l'énergie constitue le moyen de diminuer le coût de l'énergie pour les consommateurs tout en assurant d'autres objectifs tels que la sécurité d'approvisionnement. Toutefois, les marchés européens du gaz et de l'électricité connaissent de nombreuses défaillances identifiées par la Commission dans son rapport résultant d'une enquête sectorielle lancée en 2005. Les Directives de libéralisation ne suffisant pas, elle prône une application renforcée du droit de la concurrence, en particulier du droit du contrôle des concentrations. L'objet de cette étude est dès lors d'analyser l'utilisation de ces règles dans le cadre du processus de libéralisation des marchés énergétiques en Europe.

Après une explication de la vague de concentrations ayant eu lieu dans le secteur énergétique sous l'impact de la libéralisation et du contexte qui l'entoure, on s'intéresse à l'utilisation des règles du contrôle des concentrations. Cette étude tente de mettre en exergue l'utilisation orientée de ses règles. Les Etats membres tout d'abord tendent à favoriser les opérations de concentrations se produisant entre des entreprises nationales tout en posant des obstacles aux opérations impliquant l'entrée sur leurs territoires d'acteurs étrangers.

La Commission quant à elle favorise les concentrations de nature transfrontalière afin d'aider à la réalisation du marché intérieur et au développement de l'aspect concurrentiel de ce marché. Pour ce faire, elle a recours à un outil particulier : les remèdes. De tels rapprochements entre entreprises favorisant le marché intérieur, il n'est pas dans l'intérêt de la Commission de les interdire. Les remèdes permettent d'éliminer les effets négatifs qui pourraient résulter d'une opération de concentration. Cette étude propose une analyse des différents remèdes ayant été acceptés par la Commission afin de résoudre un problème de concurrence.

Descripteurs: Energie; Contrôle de concentration; Marché intérieur de l'énergie; Libéralisation; Intérêts légitimes; Remèdes

Title and Abstract:

Influence of concentrations on the completion and operation of the internal energy market

The completion of the internal energy market is the way to reduce energy costs for consumers while providing other objectives such as security of supply. However, European gas and electricity markets are experiencing many failures identified by the Commission in its report published in 2007. The Commission advocates a stronger application of competition law, in particular the rules of merger control because the liberalization directives was not enough. Therefore the purpose of this study is therefore to analyze the application of those rules in the process of liberalization of energy markets in Europe.

After an explanation of the merger wave that occurred in the energy sector under the impact of liberalization and the environment that surrounds it, we are interested in the application of the rules of merger control.

In this scope we will see that the Commission encourages the concentration of cross-border nature to help build the internal market and to develop the competition. To realize this objective, the Commission uses a particular tool: the remedies. The remedies can eliminate the negative effects that could result from a merger. This study provides an analysis of the various remedies that have been accepted by the Commission to resolve the problems of competition.

Keywords: Energy; Merger control; Internal Energy Market; Liberalization; Legitimate interests; Remedies

Principales abréviations

aff. Numéro de la jurisprudence soumise à la Cour de justice des Communautés européennes ou au Tribunal de première instance.

art. Article.

Bull. Joly Bulletin Joly.

CE Communautés européennes

CJCE Cour de justice des Communautés européennes.

C.M.L.Rev Common Market Law Review

COM Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen.

CNE Comisión Nacional de Energía

CRE Commission de régulation d'énergie

DG Direction Générale

Gaz. Pal. Gazette du Palais.

ECMR European Merger Control Regulation

éd. Edition.

JCP E Semaine juridique, édition droit des entreprises.

JCP Semaine juridique, édition générale.

JOCE Journal officiel des Communautés européennes.

PA Petits affiches

R.A.E. Revue des affaires européennes.

RCDIP Revue critique de droit international privé

Recueil Recueil de jurisprudence

RMC Revue du Marché commun

RTDE Revue trimestrielle de droit européen.

TCE Traité instituant la Communauté européenne.

TFUE Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TPI Tribunal de Première Instance

TUE Traité instituant l'Union européenne.

UE Union européenne.

Sommaire

INTRODUCTION	11
PARTIE I LES CONCENTRATIONS – UN SIGNE POSITIF POUR LE MARCHÉ INTERIEUR DE L’ENERGIE	25
<i>TITRE I DE L’OPPOSITION DE MARCHÉS NATIONAUX À L’ÉTABLISSEMENT D’UN MARCHÉ EUROPEÛEN</i>	28
<i>CHAPITRE I Les marchés énergétiques pertinents périphériques du réseau</i>	29
SECTION 1 Les marchés pertinents dans les activités d’amont de la filière énergétique	30
SECTION 2 Les marchés pertinents dans les activités l’aval de la filière énergétique.....	63
<i>CHAPITRE II Les marchés énergétiques de réseaux</i>	78
SECTION 1 L’organisation des activités de réseaux	79
SECTION 2 La reconnaissance et l’évolution des activités de réseaux comme des marchés pertinents.....	113
<i>TITRE II LA MOBILITÉ DES ENTREPRISES ÉNERGÉTIQUES</i>	120
<i>CHAPITRE III Mobilité des formes normatives d’organisation des activités</i>	125
SECTION 1 Les concentrations comme un instrument de la délocalisation des activités : la nature économique	127
SECTION 2 – Les concentrations comme un instrument de la délocalisation des activités : la nature juridique.....	161
<i>CHAPITRE IV Les obstacles devant la mobilité des entreprises énergétiques</i>	178
SECTION 1 Les obstacles liés à la libéralisation : la protection des champions nationaux.....	178
SECTION 2 Les obstacles liés à la privatisation : le cas des actions spécifiques (« golden shares »)	194
PARTIE II LE RÔLE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS DANS LE PROCESSUS DE REALISATION DU MARCHÉ INTERIEUR DE L’ENERGIE	224
<i>TITRE I LA PLACE ET LE RÔLE DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DU CONTRÔLE DES SECTEURS EN VOIE DE LIBÉRALISATION</i>	226
<i>CHAPITRE V Proximité des régulateurs et des autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle du secteur de l’énergie</i>	228
SECTION 1 Les objectifs des régulateurs et des autorités de la concurrence	230
SECTION 2. Comparaison des moyens adoptés par les régulateurs et les autorités de la concurrence	233
<i>CHAPITRE VI Incitations des autorités de concurrence à restructurer le secteur énergétique</i>	250
SECTION 1. Les contextes de la régulation	251
SECTION 2. L’organisation de la régulation dans le secteur de l’électricité et du gaz	256

SECTION 3 Régulateurs et autorités de la concurrence – question d’inter-régulation	264
SECTION 4 Une politique de concurrence au service d’une politique industrielle.....	267
TITRE II L’UTILISATION DES RÉGLES DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L’ÉNERGIE.....	271
<i>CHAPITRE VII La tentative d’amélioration du fonctionnement du marché intérieur de l’énergie par la Commission : protection de la concurrence.....</i>	<i>273</i>
SECTION 1 L’appréciation du bilan concurrentiel des concentrations.....	273
SECTION 2 L’appréciation des opérations par la prise en compte des gains d’efficacité	284
<i>CHAPITRE VIII Les tentatives d’accélération du fonctionnement par la Commission : le recours aux «remèdes»</i>	<i>297</i>
SECTION 1 Le choix des mesures correctives	298
SECTION 2 Les mesures correctives dans le secteur de l’énergie.....	314
CONCLUSION	347
BIBLIOGRAPHIE.....	352
TABLE DES MATIÈRES.....	383

Introduction

Un constat s'applique très bien à la construction communautaire. Comme l'a dit un européen avant l'heure : « On peut donner une première impulsion aux affaires, après elles vous entraînent »¹.

En partant d'une alliance réduite dans le domaine du charbon et de l'acier, l'Union est arrivée à un point de non-retour où elle ne peut que s'étendre, géographiquement et politiquement. Le Conseil européen de Lisbonne aspire d'ailleurs à « *faire de l'UE l'économie fondée sur la connaissance la plus compétitive du monde, d'ici à 2010 [...] et une plus forte mobilité transfrontalières des entreprises dans l'Union européenne* ».

En effet, pour atteindre le seuil de compétitivité qu'impose une économie de plus en plus transnationale, la nécessité impérieuse des entreprises et des groupes est d'atteindre une taille optimale qui leur permettra à accéder à une position hégémonique dans une branche d'activité déterminée.

Dans ce contexte, selon l'expression de M.EMIRI, l'énergie peut être présentée comme le « *dernier rempart du protectionnisme étatique* »².

Dans le secteur de l'énergie, comme dans presque chaque secteur économique classique, le modèle organisationnel le plus courant suit la chaîne de valeur. Celle-ci peut être définie comme une séquence organisationnelle qui en partant de la valeur initiale des matières ajoute de la valeur au cours des différentes

¹ Napoléon Bonaparte, cité par Talleyrand

² Th. EMIRI, *Concurrence et secteur public. L'article 90 du traité CE, moyen d'encadrement communautaire des activités étatiques d'intérêt général*. Thèse, Université Paris II, 1998, p. 446.

étapes de transformation, de fabrication, de transport, de stockage, de mise à disposition pour aboutir finalement à la vente d'un produit final³.

Dans le secteur énergétique, le modèle dominant au cours des années est celui de l'intégration verticale des activités principales – production, transport et distribution⁴. Cette intégration verticale en liaison avec la croissance des pouvoirs publics dans le secteur, au nom de l'intérêt général, aboutit à un modèle d'organisation monopolistique dominant où prévalent des droits spéciaux et exclusifs. Dans cette perspective chaque marché national vit en quasi « autarcie⁵ ».

En même temps à la suite du progrès technique limitant le caractère naturel des monopoles énergétiques dans certains segments et des critiques des insuffisances de l'Etat en tant qu'acteur économique qui va adopter une idéologie néolibérale, et face au droit communautaire qui fait des libertés économiques et de la concurrence le « fil d'Ariane » de la construction communautaire, le marché de l'énergie entre dans un processus de fortes mutations⁶. L'objectif est désormais de créer un espace dans lequel l'énergie circulerait sans entrave illégitime en suivant sa filière organisationnelle.

Les questions relatives à la libéralisation des industries énergétiques ont souvent opposé les partisans des monopoles à ceux du marché et de la libre concurrence. Pour les premiers, les caractéristiques particulières de ces industries sont mieux gérées au sein d'un monopole public. En effet, les industries électriques et gazières sont généralement considérées comme des monopoles naturels du fait de leurs rendements décroissants. Elles ont également la caractéristique d'être des industries de réseaux. Le monopole permet donc d'internaliser certaines externalités⁷ responsables d'inefficience de marché⁸. L'accès à l'énergie et plus

³B.ESNAULT, « *The impact of new economy on energy value chains* », 25th Annual IAEE International Conference, 26-29 June 2002, Aberdeen, Scotland 10 p.

⁴ V.GIRAULT, « *Structure de la concurrence sur la chaîne du gaz naturel : le marché européen* », CREDEN, Working paper, Cahier N° 05.01.55, 2005, p.2

⁵ Etat économique d'un pays ou d'une région qui se suffit à lui-même.

⁶J.-M.CHEVALIER « *La stratégie des acteurs. La montée des arbitrages interénergétiques* ».Economies et Sociétés, Economie de l'énergie, Série EN, n°7 ; 5-6/1997, p.297

⁷ Les économistes désignent par « externalité » ou « effet externe » le fait que l'activité de production ou de consommation d'un agent affecte le bien-être d'un autre sans qu'aucun des deux reçoive ou paye une compensation pour cet effet. Une externalité présente ainsi deux traits caractéristiques. D'une part, elle concerne un effet secondaire, une retombée extérieure d'une activité principale de production ou de consommation. D'autre part, l'interaction entre l'émetteur et le récepteur de cet effet ne s'accompagne d'aucune contrepartie marchande.

particulièrement à l'électricité est souvent considéré comme un acquis social nécessitant la mise en place d'un service universel⁹.

A cet égard, le monopole public a le mérite de pouvoir instaurer une certaine péréquation spatiale des tarifs en planifiant les investissements et en finançant certaines activités peu rentables grâce à des subventions croisées¹⁰. Et enfin, la sécurité énergétique peut être considérée comme un bien public nécessitant l'intervention d'un monopole public¹¹. Le monopole public permet donc d'assurer l'investissement nécessaire au développement de l'industrie.

A contrario, les partisans de la libre concurrence jugent les monopoles publics économiquement inefficients du fait de leur tendance au surinvestissement¹². Ils leur reprochent également d'utiliser leur position dominante pour exercer un pouvoir de marché se traduisant par des prix trop élevés. Et enfin, ils soutiennent que les firmes publiques sont bureaucratiques et donc, par nature, moins efficaces que les firmes privées dont la fonction objective est de maximiser leurs profits.¹³

Les premiers mouvements de libéralisation ayant remis en cause ce modèle historique du monopole public ont commencé dans les années 80 avec Ronald Reagan aux Etats Unis et avec Margaret Thatcher en Grande-Bretagne¹⁴. Tous deux ont initié de larges programmes de libéralisation et de privatisation de compagnies nationales dans différents secteurs. Ce vaste mouvement de libéralisation puise sa substance idéologique dans les thèses néolibérales dont Milton Friedman et Friedrich August Von Hayek (« l'école de Chicago ») sont

⁸ B.ESNAULT, « Libéralisation des marchés électriques et choix d'investissement en production », *Revue de l'énergie*, n° 539, 2002, pp. 503 - 512

⁹ J.PERCENOIS, « Ouverture à la concurrence et régulation des industries de réseaux ; le cas du gaz et de l'électricité » CREDEN, Working paper, Cahier N° 03.11.40, 2003, p.20

¹⁰ W.BENHASSINE, *Le processus de libéralisation des industries électrique et gazière européennes à travers les stratégies de fusion-acquisition et d'investissement des firmes – proposition pour une sécurité énergétique renforcée*, Thèse, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, 2009 p.8

¹¹ B.ESNAULT, « Libéralisation des marchés électriques et choix d'investissement en production » *op.cit.* p.511

¹² Dans ce sens M.AYRAL, « La politique énergétique européenne aujourd'hui et demain », *Revue de l'énergie*, juin 1995, n° 469, pp. 408 – 413

¹³ W.BENHASSINE, *Le processus de libéralisation des industries électrique...op.cit.* p.9

¹⁴ C.ISIDORO, *L'Ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*. Paris, LGDJ, 2006, p.113.

parmi les plus éminents penseurs¹⁵. Ces deux Prix Nobel préconisent un rôle minimal de l'Etat dans la sphère économique. Dès lors qu'on le laisse aux forces de la libre concurrence, le marché est supposé être autorégulateur. Le marché serait donc par lui-même efficient, alors que l'intervention de l'Etat perturberait les mécanismes de marché qui garantissent son efficacité¹⁶.

Dans ce contexte les questions liées à la rationalisation du secteur et à la « réorganisation » des entreprises dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur européen représentent, sans doute, l'un des aspects les plus innovants du droit communautaire¹⁷.

Mais même aujourd'hui après tant d'années de discussions, d'initiatives et de discours sur le thème, il ne doit pas y avoir beaucoup de gens pour affirmer que le secteur de l'énergie représente un bon exemple d'intégration européenne suffisante et efficace. L'opinion générale, partagée tant par les représentants de la Communauté elle-même¹⁸ que par des observateurs tiers¹⁹, est que l'union est loin d'avoir réalisé les objectifs visés dans ce domaine.

Au cours des années, malgré l'intention des autorités communautaires d'intervenir plus agressivement afin d'établir un marché commun dans le secteur visé, elles ont vu apparaître une palette d'obstacles concernant l'absence d'une base spécifique permettant l'intervention directe et la mise en œuvre des principes fondamentaux du marché intérieur

Les juristes se doivent toutefois, lorsqu'ils se penchent sur la problématique de la base juridique idoine habilitant les institutions communautaires, d'intervenir dans le secteur de l'énergie, de ne pas oublier que leurs compétences de traiter le problème d'un marché intérieur dans le secteur découlent non pas d'un document unique, mais, au départ, de trois traités distincts. La dispersion des questions

¹⁵ Ch. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^e édition, Paris, Litec, 2006, p.257

¹⁶ Ibid.

¹⁷ J-M. GLACHANT, « *Les réformes de l'industrie électrique en Europe* » *Annales des Mines*, août 2000, p.11-12

¹⁸ Communication de la Commission, Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2006) 841 final, 10.01.2007

¹⁹ M. DERDEVET, *L'Europe en panne d'énergie*, Paris, Descartes et Cie, 2009, p.25,

touchant le secteur d'énergie dans des traités distincts a incontestablement été un handicap.

Cet obstacle est fortifié encore par le fait qu'à la différence des traités CECA²⁰ et CEEA²¹, le traité CE ne confère aucune compétence générale à la

²⁰ Le projet communautaire initial se fondait sur des préoccupations de politique énergétique, puisque le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) du 18 avril 1951 fait figure de précurseur du traité de Rome de 1958. Le charbon était alors encore la base de la consommation énergétique européenne et une activité économique importante pour les principaux États membres.

Le traité de Paris prévoit un marché commun comportant l'abolition des droits de douane et des restrictions quantitatives au commerce du charbon et de l'acier entre les États membres.

Il a ajouté aussi un nombre de dispositions visant l'introduction de la concurrence dans ce domaine. On peut citer les dispositions concernant la suppression des discriminations en matière de prix, l'interdiction des aides de l'État et l'élimination des pratiques restrictives visant à favoriser un partage concerté du marché. Pour garantir l'application des dispositions visées ci-dessus, le traité a conféré à la Commission, en tant qu'une institution chargée d'exécuter le traité, de très larges pouvoirs.

En même temps, après une lecture dogmatique, on peut constater que le traité CECA n'a pas établi une véritable union douanière incluant un tarif extérieur commun. De même il a réservé aux États membres une compétence en matière de politique commerciale en disposant que « *les compétences des gouvernements des États membres en matière de politique commerciale ne sont pas affectées par l'application du présent traité, sauf dispositions contraires de celui-ci* ».

Cette liberté, et les conclusions qu'en a tirées la Cour dans les affaires 9 et 12/60, *Vloerberghs/Haute autorité*, peuvent inspirer la conclusion que la CECA aurait le caractère d'une zone de libre-échange que celui d'une union douanière.

Toutefois, le traité CECA a été rapidement vidé de sa substance, à mesure que les hydrocarbures se substituaient au charbon dans le fonctionnement des économies des États membres et que l'extraction de charbon se tarissait en Europe. Au terme de son évolution, le traité CECA n'a pas été renouvelé en 2002 et ses activités résiduelles ont été placées dans le cadre du traité instituant la Communauté européenne.

²¹ Contemporain du traité de Rome, le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) signé à Rome le 25 mars 1957 était originellement très ambitieux. Réglementant un secteur de haute technologie, qui apparaissait de surcroît comme un paramètre fondamental de la puissance, le traité Euratom devait constituer un soubassement important de la construction de l'Union européenne.

Ainsi, le traité Euratom avait à l'origine comme ambition d'organiser sur le territoire de la Communauté l'ensemble d'une activité économique à l'époque nouvelle, la filière électronucléaire. Sans être un échec complet, il n'a pas eu le succès escompté. Différentes raisons permettent d'expliquer pourquoi les accomplissements du traité Euratom ne sont pas à la hauteur de ses ambitions initiales.

Sur un plan juridique, le traité Euratom a voulu établir, dans un secteur en pleine évolution, une législation détaillée qui s'est trouvée rapidement dépassée. C'est là une différence fondamentale par rapport au traité CEE, qui est un traité-constitution sur la base duquel toute une législation dérivée peut être adaptée aux circonstances sans qu'il soit forcément nécessaire de le réviser.

Sur un plan institutionnel, l'Euratom a paradoxalement pâti du succès de la Communauté économique européenne, qui a absorbé certaines de ses fonctions. La recherche nucléaire, tâche essentielle d'Euratom, est ainsi devenue une simple composante du programme-cadre de recherche communautaire.

Si certaines parties de l'exécution du traité Euratom ont conflué avec celle du traité CEE, d'autres ont dû être coordonnées avec l'exécution d'autres traités internationaux au point de perdre leur intérêt propre. C'est notamment le cas du contrôle de sécurité exercé par Euratom dans les États membres en étroite coordination avec le système des garanties de l'AIEA.

Enfin, sur un plan économique et politique, l'hypothèse faite en 1957 d'un grand développement de l'énergie nucléaire en Europe ne s'est pas concrétisée. À l'époque, on pouvait légitimement penser que le secteur nucléaire, dans lequel aucun État membre n'avait encore d'intérêts bien établis, offrait une occasion unique d'intégration européenne en permettant de développer un pan entier d'industrie directement au niveau communautaire, sans passer par la fusion progressive d'intérêts nationaux.

Dans les faits, l'énergie nucléaire s'est développée en Europe dans certains des États membres seulement, et sur des bases essentiellement nationales. Aujourd'hui, il s'agit d'un secteur peu consensuel, où les intérêts nationaux sont particulièrement marqués.

Communauté dans le secteur de l'énergie²². Dès lors, les Etats membres détiennent une compétence exclusive et une liberté quasi-totale de déterminer la structure de leur industrie énergétique, pourvu qu'ils respectent les règles générales du traité CE²³.

Un tel constat serait partiel si on oublie l'hypothèse garantissant, à la Communauté, la possibilité d'introduire une action en cas de nécessité pour la réalisation de ces objectifs, même si le traité n'a pas prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet.

En même temps il est obligatoire de noter que la problématique connaît une évolution importante dans les projets suivants avant de trouver une solution dans le traité de Lisbonne.

Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe visait à consolider la base juridique d'une politique européenne de l'énergie. En effet, l'énergie figure dans son article I-14, qui énumère les domaines de compétences partagées entre l'Union et les États membres. La rédaction est conservée sans grandes modifications dans l'article 4²⁴ du nouveau Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne(TFUE).

A la différence des traités CECA et CEEA, le traité CE ne confère aucune compétence générale à la Communauté dans le secteur de l'énergie²¹. Dès lors, les Etats membres détiennent une compétence exclusive et une liberté quasi-totale de déterminer la structure de leur industrie énergétique, pourvu qu'ils respectent les règles générales du traité CE.

²² Or comme il a été souligné, « *L'énergie représente pour la Communauté un véritable paradoxe* » (Cl. Blumann, « Energie et Communautés européennes » RTDE ; n°4, 1984, 571p).

²³ Le Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne introduit des modifications importantes dans ce domaine. Selon l'article 4, paragraphe 2, lettre i), l'Union dispose dans le secteur d'énergie d'une compétence partagée avec les Etats membres.

²⁴ Article 4. L'Union dispose d'une compétence partagée avec les États membres lorsque les traités lui attribuent une compétence qui ne relève pas des domaines visés aux articles 3 et 6.

2. Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux domaines suivants :

- a) le marché intérieur ;
- b) la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité ;
- c) la cohésion économique, sociale et territoriale ;
- d) l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer ;
- e) l'environnement ;
- f) la protection des consommateurs ;
- g) les transports ;
- h) les réseaux transeuropéens ;
- i) l'énergie ;
- j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice ;

En conséquence, l'article III-256 du projet de traité constitutionnel précise les modalités de mise en œuvre de la politique commune de l'énergie. Son paragraphe 1 dispose :

« Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement, la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie vise :

a) à assurer le fonctionnement du marché de l'énergie ;

b) à assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union et

c) à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie, ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables ».

Enfin, avec la signature du Traité de Lisbonne et son entrée en vigueur le premier décembre 2009, est assurée une base légale spécifique pour intervenir dans le domaine de l'énergie²⁵.

Dans le traité de Lisbonne le champ matériel de la disposition est encore peu développé, par rapport au projet constitutionnel, en incluant une nouvelle lettre *d*) consacrée à la promotion de « *l'interconnexion des réseaux énergétiques* »²⁶.

En même temps on doit partager l'opinion de M. GRAND selon qui,

k) les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité.

3. Dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, notamment pour définir et mettre en œuvre des programmes, sans que l'exercice de cette compétence puisse avoir pour effet d'empêcher les États membres d'exercer la leur.

4. Dans les domaines de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions et une politique commune, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les États membres d'exercer la leur.

²⁵E.GRAND, « Le transport et l'énergie. Des politiques construites par la libéralisation », in *Questions européennes*, Paris, PUF, 2009, p.533

²⁶ Article 194 du TFUE.

« il ne reste pas moins que ces prémices de développement d'une politique commune de l'énergie sont encore loin, ..., de renverser un équilibre des pouvoirs toujours clairement en faveur des Etats membres »²⁷.

La suite de l'article confirme une pareille conclusion puisqu'il comporte une double restriction. D'une part, il est précisé que la législation de l'Union

« n'affecte pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique »²⁸.

Les États membres doivent donc veiller à préserver leur indépendance énergétique. D'autre part, il est prévu que le Conseil statue à l'unanimité pour adopter des mesures *« essentiellement de nature fiscale »*.

L'absence, dans le traité initial, d'une base juridique idoine en matière d'énergie et la compétence exclusive des Etats membres dans le secteur en vertu de principes de subsidiarité explique d'une manière claire le recours de la Commission à des règles habilitant la Communauté à rapprocher les législations nationales dans la mesure nécessaire à la réalisation ainsi qu'au bon fonctionnement du marché commun (l'ex-article 94 et 95 TCE)²⁹.

Selon la thèse de la Commission, ces articles sont susceptibles de permettre le rapprochement du droit de l'énergie des Etats membres.

D'abord, la référence à un marché intérieur implique *« un degré d'homogénéité supplémentaire par rapport à la notion de marché commun »³⁰*, utilisée par l'ex-article 100 permettant d'inclure le droit de l'énergie. Selon la rédaction de l'ex-article 14 TCE, le marché intérieur comporte en effet un espace

²⁷ E.GRAND, *op.cit.* p.534

²⁸ Article III-256, §2 de la Constitution et art. 194, § 2 TFUE

²⁹ Ces deux articles sont repris dans le traité de Lisbonne. Le seul changement est l'inversion opérée entre eux. Jusqu'à présent, l'article 94 TCE était la règle, tandis que l'article 95 TCE était l'exception. Dans le nouveau traité cette relation est inversée et l'article 114 TFUE, qui reprend l'article 95 TCE, devient la règle, tandis que l'article 115 TFUE, reprenant l'article 94 TCE, l'exception.

³⁰ D.SIMON, « Article 8 A », *Comm. CEE*, p.74, n° 2

sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité.

L'achèvement du marché intérieur dans cette optique passe notamment par l'adoption de mesures connexes visant à faciliter l'exercice des libertés communautaires. Cette facilitation est, à côté de l'homogénéisation des conditions de concurrence dans la Communauté, l'une des fins auxquelles peut être utilisée la voie de l'ex-article 95³¹.

La suppression des disparités entre les droits de l'énergie des Etats membres, s'inscrit dans une telle perspective, étant de nature à entraver l'exercice des libertés communautaires. L'harmonisation des droits nationaux de l'énergie a amélioré le cadre juridique des opérateurs économiques désireux de tirer parti des potentialités du marché intérieur.

Ensuite, au-delà de la mise en place et du fonctionnement harmonieux du marché unique, l'ex-article 95 CE revêt un aspect qualitatif (ou encore une « dimension verticale »)³². L'harmonisation des droits des Etats membres doit être l'occasion d'une élévation des standards de sécurité, de santé, de protection de l'environnement et des consommateurs, ainsi que dit le paragraphe 3 du même article.

A cet égard l'ex-article 95 constitue un cadre particulièrement adapté aux entreprises par l'intermédiaire des droits nationaux de l'énergie des Etats membres. L'harmonisation, même dans certains cas l'unification, des dispositions nationales en ladite matière a pour but d'élever le degré de sécurité et de protection juridique.

Enfin, les différences entre les droits nationaux de l'énergie peuvent générer des distorsions de concurrence. Or, le maintien d'un régime de concurrence non faussé est une des pierres angulaires du marché intérieur³³.

³¹ Conclusion de l'avocat générale FENNELLY du 15 juin 2000, aff. C-376/98 *Allemagne c/Parlement européen et Conseil*, Rec. 2000, p. I-8423, n° 83-84

³² G. DELLIS, « Articles 94-95CE » *Comm. Léger*, p.904, n° 6

³³ « L'ajout du régime de concurrence se justifie par la communauté d'objectifs avec le régime de circulation, à savoir l'interdiction des cloisonnements de marché » M FALLON, *Droit matériel général des Communautés européennes*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles/Paris, Academia/Bruylant/LGDJ. 1997, p.28

Mais la libéralisation peut être effectuée par une autre voie parallèle, complémentaire à la voie législation/régulation – la politique de la concurrence et plus concrètement le contrôle du comportement des acteurs énergétiques

Ces dernières années représentent une période prospère pour certaines entreprises énergétiques. En prévision de la mise en place du processus de libéralisation ou en réaction à ce dernier, les entreprises actives sur ces marchés se sont fortement rapprochées, créant ainsi une vague de concentrations sans précédent³⁴. Indépendamment des raisons qui expliquent ce phénomène, on va voir que les entreprises ont tenté de s'adapter à l'accroissement de la concurrence à la fois au niveau national et européen.

Avant de continuer nos réflexions sur les racines de cette vague de concentration, il paraît convenable tout au début de définir la notion de « concentration ». Selon considérant 20 du préambule du Règlement 139/2004 l'objectif est

« de définir la notion de concentration de telle sorte qu'elle couvre les opérations entraînant un changement durable du contrôle des entreprises concernées et donc de la structure du marché »³⁵.

Or comme remarque M.BERLIN, dans son commentaire, une concentration englobe toutes les opérations qui vont d'une modification du contrôle des entreprises entraînant une modification structurelle durable de celles-ci et du marché³⁶.

Une restructuration doit leur permettre de rester actives à long terme tout en renforçant leur position sur ces marchés. Deux tendances fortes peuvent être observées au cours de ces concentrations.

La construction d'un marché unique de l'énergie implique l'émergence d'entreprises actives sur différents marchés voire sur le territoire européen dans

³⁴ St.VERDE, « Mergers and Energy : New Emerging Market Structure and Competition Issues » Working paper, disponible sur : <http://www.siepi.luiss.it/cms/media/1/20060609-Verde.pdf>

³⁵ RÈGLEMENT (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L24 ; 29/01/2004)

³⁶ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, in Commentaire J.Megret, 3^e édition, Bruxelles, Edition de L'Université de Bruxelles, 2009 p.49

son entier. Cet élément est d'une importance particulière dans le secteur énergétique pour lequel on a vu que les transactions transfrontalières sont encore réduites. Il faut toutefois noter que la tendance actuelle voit une augmentation du nombre de ces concentrations. Le rachat de l'entreprise hongroise MOL par l'opérateur allemand E.ON³⁷ ainsi que la tentative de rachat par ce dernier de l'entreprise espagnole Endesa illustrent ce phénomène³⁸.

Dans les grands Etats comme l'Allemagne ou la France les entreprises historiques possédaient, bien avant le commencement du processus de libéralisation, un monopole sur les marchés énergétiques. Elles disposaient dès lors de moyens importants qui leur ont permis de mener la politique de rachat intensif que l'on connaît. Cette politique d'« élargissement géographique » leur a permis aussi d'être prêtes à faire face à l'accroissement de la concurrence au niveau européen. Leur présence hors de leurs territoires nationaux leur a assuré une assise plus importante sur le marché européen ainsi qu'un pouvoir de marché renforcé. Les opérateurs historiques ont donc pu se renforcer afin d'être, par la suite, plus résistants aux potentiels rachats.

Si on constate que certaines opérations illustrent un mouvement de création d'entreprises réellement paneuropéennes, telles que les affaires *E.ON/MOL* ou *E.ON/Endesa*, une autre série de concentrations illustre quant à elle une tendance différente. L'affaire *GDF/Suez*³⁹ par exemple évoque immédiatement le terme de champion national. Ces entreprises entament bien une opération de renforcement mais qui se cantonne principalement à leur territoire national⁴⁰.

Parallèlement à un élargissement géographique, les entreprises ont également débuté un élargissement de leurs activités. Depuis le début du XXIème siècle, les compagnies actives sur les marchés électriques ont principalement ciblé les entreprises gazières et inversement. Ce phénomène caractérise un mouvement de convergence. Une telle décision présente un intérêt de nature économique ; les

³⁷ Décision de la Com. du 21 /12/2005, aff. n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*,

³⁸ Décision de la Com. du 25/04/2006, aff n° COMP/ M.4110 *E.ON/ENDESA*

³⁹ Décision de la Com. du 14 /11/2006, aff. COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*

⁴⁰ S. VERDE, "Everybody merges with somebody – The wave of M&As in the energy industry and the EU merger policy", *Energy policy*, n° 36, 2008, p.1132.

entreprises accroissent leurs activités et leur gamme de produits⁴¹. L'achat par une compagnie électrique d'une entreprise fournissant du gaz lui permet de s'assurer une sécurité de fourniture de gaz, matière première de plus en plus utilisée dans la production d'électricité. La concentration entre l'opérateur de gaz danois DONG et deux entreprises danoises actives sur les marchés électriques Elsam et E2⁴² illustre cette volonté de diversification des activités.

La question se pose de savoir pourquoi les entreprises préfèrent fusionner plutôt que de construire de nouvelles infrastructures. La raison tient certainement aux risques liés à l'incertitude régnant sur les marchés énergétiques en termes de demande et de prix. La convergence des activités permet également aux entreprises gazières de réduire les incertitudes liées à leur demande.

Le bref aperçu de la problématique et les exemples donnés démontrent l'actualité du thème des concentrations dans le secteur de l'énergie. Pourquoi ce sujet mérite-t-il que l'on s'y intéresse de plus près ? En 2007, la Commission a publié son rapport final sur l'enquête sectorielle lancée sur les marchés du gaz et de l'électricité⁴³. La forte concentration des marchés est identifiée comme l'une des défaillances essentielles qu'il convient de solutionner afin que la concurrence fonctionne et que la « *libéralisation puisse porter ses fruits* »⁴⁴. Dans cette optique, la Commission indique qu'« *une intervention de la Communauté en vertu du règlement sur les concentrations [est] cruciale* »⁴⁵.

Dans ce contexte la politique de concurrence peut être un moyen de restructurer le secteur. Les différents piliers de la politique de concurrence (politique antitrust, aide d'Etat et contrôle des concentrations) peuvent être utilisés par la Commission européenne à cette fin⁴⁶. Dans la présente étude on se focalisera sur le rôle du contrôle des concentrations dans le processus de libéralisation. La Commission européenne, grâce à cet instrument, peut contribuer à l'ouverture des

⁴¹ *Ibid.*, p.1126 – 1127

⁴² Décision de la Com. du 14/03/2006, aff. COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*,

⁴³ Communication de la Commission, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 - Non publié au Journal officiel

⁴⁴ *Ibid.*, point 4

⁴⁵ *Ibid.*, point 42

⁴⁶ M.MONTI, « La nouvelle politique de concurrence de l'Union européenne », *Revue de droit de l'Union européenne*, n°2, 2004, pp.137 et s.

marchés. C'est dans ce domaine de la politique de la concurrence que le pouvoir discrétionnaire de la Commission européenne est le plus important et qu'elle peut le plus facilement mettre en place des mesures concrètes de restructurations industrielles⁴⁷. Les opérations de concentration sont aussi un moteur d'intégration⁴⁸. Tout d'abord, les fusions et acquisitions sont en elles-mêmes un des moyens de réaliser le marché commun de l'énergie. Les prises de participations d'opérateurs européens dans d'autres Etats Membres sont le moyen le plus aisé de pénétrer un marché national mais peuvent aussi faciliter la collusion⁴⁹. Accepter ces opérations de concentrations est donc un outil de libéralisation du secteur. Les mesures correctives permettent d'éviter que ces opérations n'aient des conséquences néfastes sur la concurrence : la fusion devrait être ainsi bénéfique à la création d'un marché commun sans porter atteinte à la concurrence dans aucun Etat Membre. Enfin, les remèdes peuvent être instrumentalisés pour atteindre d'autres objectifs⁵⁰. La Commission européenne peut imposer des remèdes qui ne corrigent pas seulement les problèmes anticoncurrentiels induits par la fusion mais qui cherchent à restructurer le secteur pour faciliter le processus de libéralisation. Cette étude propose donc un apport original en analysant le rôle et l'importance des mesures correctives dans l'ouverture des marchés électriques européens. On va notamment montrer que la Commission européenne a les moyens d'imposer des mesures de restructurations industrielles par ce biais, particulièrement dans les secteurs en voie de libéralisation où les incertitudes sont plus grandes.

La thèse est composée de deux grandes parties. Dans la première partie on fait le bilan des différents aspects de la concurrence dans le secteur énergétique européen. On détermine le degré d'avancement de l'intégration des marchés énergétiques en Europe. On analyse, en particulier, les changements effectués sur les marchés par la nouvelle régulation, en même temps que les changements dans ces marchés sous l'impact direct des opérations concentratives et les stratégies des opérateurs.

⁴⁷ A. PERROT, "La frontière entre régulation sectorielle et politique de la concurrence", *Revue française d'Economie*, Vol. 16 n°4, p.81-112

⁴⁸ R.LECOURT, « Concentrations et fusions, facteurs d'intégration », *Revue du Marché commun*, 1968, p.6

⁴⁹ Ibid. p. 13 et s.

⁵⁰ F.BLANC, J. BRUECKNER, Cl. RAKOVSKY, « Claude RAKOVSKY : EC Merger Remedies », *Concurrences*, n°1-2009, n°23235, p.3

Les concentrations sont à la fois un signe positif pour la réalisation du marché intérieur mais aussi un phénomène qui doit être placé sous surveillance pour éviter que ces opérations contreviennent aux objectifs prescrits par le droit communautaire. Les mesures correctives imposées lors de ces opérations, dans le cadre de la procédure de contrôle des concentrations, sont l'occasion pour les autorités européennes de la concurrence d'agir sur la structure des marchés et de participer dans la réalisation du marché intérieur de l'énergie. Dans la deuxième partie on cherche à déterminer à quel point la Commission utilise le contrôle des concentrations comme un moyen efficace pour l'achèvement du marché intérieur de l'énergie.

PARTIE I - LES CONCENTRATIONS – UN SIGNE POSITIFS POUR LE MARCHE INTERIEUR DE L'ENERGIE

PARTIE II -LE ROLE DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS LE PROCESSUS DE REALISATION DE MARCHE INTERIEUR DE L'ENERGIE

PARTIE I

LES CONCENTRATIONS – UN SIGNE POSITIF POUR LE MARCHÉ INTERIEUR DE L'ÉNERGIE

Remembrements et regroupements, sous la forme des concentrations seraient-ils la clé de la société industrielle de demain ? En tout cas, deux phénomènes de ce genre apparaissent assez caractéristiques de la révolution dimensionnelle de l'époque. L'un concerne les entreprises qui, dans un mouvement incoercible, sont attirées vers une taille "sans" cesse plus grande et trouvent dans les diverses formes de concentration le cadre et les moyens requis par l'industrie moderne⁵¹. L'autre concerne les Etats membres qui, simultanément, voient s'interpénétrer progressivement leurs économies d'énergie et trouvent dans l'unité de marché le cadre et les moyens du développement moderne⁵².

Comme on a vu le marché intérieur de l'énergie est un vaste projet qui date depuis plusieurs années. Toutefois, il est toujours impossible de le considérer comme un véritable marché intérieur.

Le niveau d'intégration est encore très bas et la dimension demeure plutôt nationale⁵³. Celle-ci se présente ainsi comme un obstacle face au comportement et la stratégie des entreprises énergétiques. De ce point de vue on peut s'interroger sur la question quelle influence le remembrement de l'entreprise exerce-t-il sur la formation du marché intérieur de l'énergie. Si coïncident vraiment le cadre et les

⁵¹ El MOUHOUB MOUHOUD, *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, Paris, La Découverte, 2008

⁵² M.DERDEVET, *L'Europe en panne d'énergie*, Paris, Descartes et Cie, 2009, p.148-149

⁵³ Commission européenne, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:FR:PDF>

moyens de la concentration des entreprises et ceux de l'Union Européen peut-être tient-on là, en effet, une nouvelle source d'intégration⁵⁴.

Il y a bien des manières, en effet, pour un objet de donner lieu à intégration. A plus forte raison lorsque cet objet est attribut de puissance publique ou activité économique, institution ou réglementation. Le français, formé par une longue histoire centralisatrice, donne volontiers à cette expression un contenu unitaire, chaque élément perdant son identité pour se fondre complètement et indivisément — intégralement avec d'autres en un tout original et centralisé⁵⁵. Ce n'est pas toujours ce sens qu'apportent à l'expression des autres pays.

S'éloignent-ils pour autant de l'intégration ? Certainement pas. En tout cas, leur conception aide à discerner derrière le terme, tout un éventail de nuances, dans lequel chaque apport national ne perd pas toujours son identité ou ne la perd qu'en partie et progressivement, mais s'interpénètre assez avec les apports d'autrui pour constituer un tout homogène, reposant sur des institutions propres, dotées de pouvoir et d'efficacité⁵⁶.

La notion est d'ailleurs généralement complétée par un qualificatif. Elle peut être politique et prise soit dans ses finalités, soit dans la recherche d'une attitude conjoncturelle commune. Elle peut être économique et considérée dans l'interdépendance de zones nationales différentes sécrétant une vie commune propre⁵⁷. Elle peut être juridique dans la commune dépendance d'un droit uniforme, uniformément appliqué⁵⁸. Il s'agit donc d'une notion aux aspects multiformes.

Convenons donc de considérer comme facteurs d'intégration des marchés, le regroupement des entreprises, les éléments d'interprétation, de rapprochement ou d'harmonisation, susceptibles de contribuer à l'édification d'une solidarité

⁵⁴ H.-M. ZADEMACH, A. RODRIGUEZ-POSE, « Cross-border M&As and the changing economic geography of Europe », *working paper*, 2007, disponible sur <http://repec.imdea.org/pdf/imdea-wp2007-19.pdf>, p.2-3

⁵⁵ J. GRANGE "La notion d'intégration, des mathématiques à la politique", *colloque de Talange, L'intégration en question*, mai 2004, paru aux Presses universitaires de Nancy, 2005

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

organique qui, dans le cadre de règles commune, doit assurer l'interpénétration des intérêts et de comportements à l'intérieur de l'Union⁵⁹.

De ce point de vue on peut considérer les concentrations comme un moyen d'intégration selon deux modalités. Elles permettent de surmonter l'opposition des marchés nationaux (**Titre I**) de même qu'elles permettent aux acteurs une plus grande mobilité et liberté d'opérer dans les nouvelles conditions du marché (**Titre II**).

TITRE I – De l'opposition de marchés nationaux à l'établissement d'un marché européen

TITRE II - La mobilité des entreprises énergétiques

⁵⁹ En ce sens J.PERCEBOIS, “ La dérégulation de l'industrie électrique en Europe et aux Etats – Unis : un processus de décomposition- recomposition », *Cahier n°97.04.08*, CRÉDEN, 1997

TITRE I

DE L'OPPOSITION DE MARCHÉS NATIONAUX À L'ÉTABLISSEMENT D'UN MARCHÉ EUROPÉEN

Comme on l'a montré dans l'introduction, le taux d'ouverture théorique n'est pas le même dans tous les pays. Cette diversité d'ouverture à la concurrence ne signifie pas en elle-même que le marché européen n'est pas encore intégré. Elles sont, néanmoins, un frein à l'achèvement d'un marché unique.

L'objet de ce titre est de déterminer le rôle des concentrations dans l'évolution du marché et peut-il être considéré comme européen ou la dimension nationale prime-t-elle toujours ?

Pour répondre à cette question et pour analyser l'influence des opérations de concentrations, il est nécessaire de connaître les limites du marché sur lequel les effets de l'opération doivent être évalués.

Dans ce sens on doit tenir compte que l'industrie énergétique peut être subdivisée en quatre activités: la production, le transport, la distribution et la fourniture⁶⁰. Cette répartition fonctionnelle est particulièrement importante pour la bonne compréhension de la structure des marchés énergétique. Encore qu'entre ces activités existent des différences technologiques et économiques, et c'est à ce niveau de décomposition que l'on s'est efforcé d'encadrer les marchés pertinents. Pour les besoins de ce travail on divisera le système en deux segments – les activités périphériques au réseau et les activités de réseau. Ainsi dans un premier chapitre on va encadrer les marchés pertinents dans les activités périphériques du réseau, alors que dans un second chapitre on va s'arrêter sur les marchés pertinents dans les activités de réseau

⁶⁰ J.DOUCET, « La restructuration des marchés de l'électricité : un portrait de la situation mondial » *Working paper*, Université LAVAL, 1998, disponible sur http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3398-98/green/green_synthese.pdf

CHAPITRE I

Les marchés énergétiques pertinents périphériques du réseau

La catégorie des activités périphériques des réseaux peut se déduire d'une lecture *a contrario* du domaine des activités de réseaux. Il s'agit donc de l'ensemble des activités qui ne sont pas relatives à la gestion et à l'exploitation des réseaux. C'est précisément au niveau de ces activités périphériques que la théorie de la contestabilité⁶¹ va pleinement s'exprimer.

Une fois définies par rapport aux activités de réseaux, les activités visées montrent une certaine hétérogénéité. Ces activités périphériques peuvent être réparties en deux catégories. D'un côté, l'on retrouve les activités d'amont, que l'on peut définir comme étant essentiellement des activités de production d'électricité et de gaz naturel, auxquelles il convient d'ajouter, en raison de sa spécificité le transport gazier amont (**SECTION 1**). De l'autre côté, se situent les activités d'aval, c'est-à-dire les activités qui sont tournées vers les clients et qui s'organisent autour de l'achat et de la vente d'énergie (**SECTION 2**). C'est autour de cette division qu'on va mener la recherche qui sera effectuée dans le but d'encadrer les marchés pertinents périphériques des réseaux et d'étudier leur évolution sous l'impact de la vague des concentrations.

⁶¹ La théorie des marchés contestables (W.BAUMOL, J.PANZAR, R.WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. New York, Harcourt Brace Jovanovitch, 1982.) ambitionnait de renouveler et d'étendre la théorie classique de la concurrence en économie industrielle. Elle définissait le degré de contestabilité économique d'un opérateur historique présent sur un marché par son degré d'exposition à la menace d'entrée d'un nouvel opérateur sur ce marché. Sur un marché parfaitement contestable, cette concurrence potentielle a un effet disciplinant sur le régime des prix adoptés par la (ou les) firme(s) établies : ces firmes sont incitées à adopter des prix concurrentiels sans bénéficier des rentes que pourrait leur procurer leur position oligopolistique ou monopolistique. Inversement, l'effet disciplinant d'une menace de contestation économique par la concurrence est inexistant lorsque le degré de contestabilité économique du marché est nul.

SECTION 1

Les marchés pertinents dans les activités d'amont de la filière énergétique

Il ressort de la lecture de la doctrine communautaire ⁶² qu'on exige la détermination des activités pour pouvoir procéder à la délimitation du marché pertinent. Or si l'on se place dans une perspective globale de l'appréhension de la question de la délimitation du marché pertinent, la résolution de la nature et l'organisation des activités est une question préalable⁶³. Pour cette raison on va porter, en premier lieu, une attention particulière sur l'encadrement des activités d'amont dans le droit communautaire, avant d'étudier la reconnaissance de ces activités comme des marchés pertinents et leur évolution sous l'impact des concentrations.

§1 L'encadrement des activités d'amont

Dans la recherche de l'encadrement des activités d'amont dans le secteur d'énergie on va s'appuyer sur les textes communautaires. Dans ce contexte on doit noter que l'encadrement des activités d'amont de la filière énergétique ne résulte pas seulement de l'adoption des directives relatives à l'électricité et au gaz naturel. En effet, dans le secteur du gaz, les activités de prospection, d'exploration et de production font l'objet d'une harmonisation communautaire depuis bien longtemps. Une directive de 1994 est d'ailleurs venue encadrer les conditions d'accès et d'exercice de ces activités⁶⁴. L'impact de la directive relative au marché intérieur du gaz naturel n'est toutefois pas nul, puisque des règles communes, régissant l'accès aux infrastructures de transport amont, ont été adoptées en vue de compléter

⁶² I.BAEL, J.-F.BELLIS, *Droit de la concurrence de la communauté économique européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1991, D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, in Commentaire J.Megret, 3^e édition, Bruxelles, Edition de L'Université de Bruxelles, 2009, A.DECOCQ, G, DECOCQ *Droit européen des affaires*, Paris, L.G.D.J, 2003, M.MALAUZIE-VIGNAL, *Droit de la Concurrence interne et communautaire*, 3^{ème} édition Paris, Armand Colin, 2006, P.MERCIER, M.OLIVIER, H.GILLIERON, S.AFFOLTER, « *Grands principes du droit de la concurrence. Droit communautaire. Droit suisse* », Munich/Bruxelles, Helbing and Lichtenhalm/ Bruylant, 1999, L.VOGEL « *Droit de la concurrence et concentration économique* », Paris, Economica, 1988

⁶³ L.BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, LITEC, 2001, p.43

⁶⁴ Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures *JO L 164 du 30.6.1994*, p. 3–8

ce dispositif. Au contraire, dans le secteur électrique, c'est sous l'impulsion de la directive relative au marché intérieur que l'on a assisté à un encadrement complet de l'organisation et de l'accès à l'activité de production d'électricité. En se fondant sur cette distinction il paraît nécessaire d'étudier les deux secteurs séparément.

§§ 1. L'encadrement des activités d'amont dans le secteur des hydrocarbures

Les activités situées en amont de la filière d'hydrocarbures constituent principalement la recherche et l'exploitation des champs pétroliers ou gaziers découverts. La première étape de ce processus, dite phase d'exploration, est commune aux deux hydrocarbures, que sont le gaz naturel et le pétrole, dans la mesure où le contenu du sous-sol demeure inconnu à ce stade⁶⁵. La seconde étape, d'exploitation, rassemble les activités de développement et de mise en place des infrastructures nécessaires à la production des produits énergétiques et à sa commercialisation⁶⁶.

Or en se fondant sur ces observations on peut conclure que l'encadrement de cette activité à ce niveau de la filière gazière est conditionné, d'une part, par la possibilité pour les opérateurs d'accéder aux ressources, et d'autre part, par la possibilité de construire ou d'accéder aux infrastructures permettant l'évacuation et la commercialisation de leur production.

a. L'accès aux ressources

Dans le contexte précédent et dans la logique communautaire la rationalisation à ce niveau de la filière est conditionnée comme remarque M.AYRAL⁶⁷, afin de garantir les droits spécifiques des Etats membres, mais aussi de garantir une égalité de traitement de l'ensemble des entreprises de la Communauté intéressées par l'ouverture des concessions. Dans ce contexte et pour pouvoir réaliser les objectifs visés, les Etats membres

⁶⁵ GAO, « Energy Markets Effects of Mergers and Market Concentration in the U.S. Petroleum Industry » Report to the Ranking Minority Member, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Governmental Affairs, U.S. Senate, May 2004, p.17 et s.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ M.AYRAL, « La politique énergétique », in *Commentaire MEGRET*, vol.8, éd. Université de Bruxelles, 1996,

« définissent les règles d'accès aux ressources, que ce soit pour l'exploration ou pour l'exploitation de gisements de gaz, de pétrole ou de charbon »⁶⁸.

i. Les fondements juridiques de l'accès aux ressources

Au début on voudrait proposer une interprétation de la dynamique du régime juridique des ressources naturelles, centrée sur les rapports de souveraineté étatique. On étudiera tout d'abord, sur le plan théorique, les conditions des possibilités institutionnelles d'un marché d'accès aux ressources : le transfert des droits d'accès au sous-sol n'est possible que si le propriétaire peut s'engager de manière *crédible* ; dans le cadre d'un ordre juridique à *fondement constitutionnel*, l'égale soumission au droit des parties garantit cette condition.

α. La propriété sur les ressources hydrocarbures : droits exclusifs et transférables

D'une manière générale, la possibilité des échanges dans le secteur des hydrocarbures est conditionnée par l'existence de droits de propriété *exclusifs et aliénables* sur les biens et services⁶⁹. Les ressources contenues par le sous-sol de la plupart des terres émergées, ainsi que des plateaux continentaux, connaissent un tel régime de propriété⁷⁰.

La question de la propriété des ressources d'hydrocarbures s'est posée à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, lorsque les activités de prospection et de production des huiles, puis du gaz, ont atteint un stade industriel. Elle s'est alors greffée sur celle, plus ancienne, de la propriété des ressources minières. Deux orientations fondamentalement différentes se sont dessinées, donnant naissance à deux régimes de propriété : l'un concernant les Etats-Unis d'Amérique, l'autre s'étendant au reste du monde dans son intégralité. Aux Etats-Unis, les droits sur les

⁶⁸ Ibid. p.315

⁶⁹ H.DEMSETZ, « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review* 57 (2) 1967 p. 348-349

⁷⁰ Ce n'est pas le cas pour le sous-sol du continent antarctique ou celui des hauts fonds marins ; ni pour certaines zones sous souveraineté nationale, soustraites aux activités minières en vertu de la réglementation, comme la réserve arctique d'Alaska — pour prendre un exemple américain contesté par les milieux pétroliers

hydrocarbures contenus dans le sous-sol reviennent au détenteur des droits sur la surface. On est donc dans un régime de propriété privée sur les ressources en terre⁷¹. Toutefois, l'Etat fédéral possède des droits sur les ressources renfermées par le sous-sol des "terres fédérales", ainsi que par celles contenues dans les fonds sous-marins du plateau continental (ressources offshore). Dans tous les pays européens, les droits sur la ressource en terre reviennent à l'Etat, quelle que soit la propriété des droits sur la surface⁷².

Dans le premier cas, l'accès au sous-sol en vue de la prospection et/ou de la production d'hydrocarbures est conditionné par la signature d'un contrat privé avec le détenteur des droits sur la surface concernée ; dans l'autre cas, les droits d'accès et de disposition sont concédés par l'Etat, par exemple au travers d'une *licence*.

Les deux régimes de propriété déterminent directement deux modalités de "mise à disposition" des ressources hydrocarbures. Aux Etats-Unis, il existe un marché concurrentiel de l'accès au sous-sol⁷³ ; le "volume" des droits transférés sur le marché primaire comme sur le marché secondaire des *leases*⁷⁴, l'étendue des surfaces concernées, ainsi que les conditions économiques des transactions sont déterminés par l'interaction d'une multitude de décisions économiques privées. Dans les pays européens, la puissance publique détient un monopole absolu sur l'offre d'accès au sous-sol ; elle contrôle donc administrativement les conditions de mise à disposition des ressources nationales auprès de l'industrie.

Le volume des droits mis sur le marché chaque année est donc déterminé par les décisions de tous les détenteurs de droits, États disposant d'un monopole national et, aux États-Unis, personnes privées disposant d'un "monopole" sur la surface couverte par leur titre de propriété. Le volume des droits transférés contractuellement dépend, quant à lui, de l'interaction marchande entre ces

⁷¹ R.BRADLEY, *Oil, Gas, and Government*, Lanham, Maryland, Rowman and Littlefield, 1996, p. 59 et suiv. et J.DEVAUX CHARBONNEL, *Droit minier des hydrocarbures*, Technip 1987, p. 25-46

⁷² B.TAVERNE, *An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry*, London, KLUWER LAW, 1994, p. 11-12

⁷³ GAO, « Energy Markets Effects of Mergers and Market Concentration in the U.S. Petroleum Industry » Report to the Ranking Minority Member, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Governmental Affairs, U.S. Senate, May 2004,

⁷⁴ Terme désignant le titre de propriété sur les droits pétroliers aux Etats-Unis. Le détenteur des droits acquis auprès du propriétaire de la surface étant libre de les céder à nouveau à un tiers, il existe un

“offreurs” d’accès au sous-sol et les industriels énergétiques à la recherche de droits d’exploration et de production.

β. La régulation des transactions : ordre marchand et ordre constitutionnel

La “fonction économique” du droit de propriété est de résoudre un problème d’action collective⁷⁵ : il n’est pas rationnel de travailler, d’investir ou de réfléchir en vue d’inventer — bref : d’entreprendre — si une forte incertitude pèse sur la possibilité de disposer effectivement des éventuels fruits de ses efforts. En consacrant le droit de propriété exclusif et aliénable, la société permet que s’exercent sur les individus les incitations qui vont générer des comportements favorables à l’enrichissement collectif. Mais il ne suffit pas de *proclamer* les droits, encore il faut les *garantir*, et *trancher les différends* qui ne manqueront pas d’émerger quant à leur définition et leur étendue, notamment dans le cadre de l’exécution des contrats⁷⁶ : la propriété est un droit de disposition consacré socialement et adossé à un pouvoir de contrainte⁷⁷ ; l’épanouissement de l’ordre marchand, qui repose sur l’effectivité du droit de propriété, suppose un ordre juridico-politique.

Être protégé contre l’invasion de sa propriété par son semblable ne suffit pas à l’individu pour s’engager sereinement dans la création de richesses, encore doit-il être assuré que l’autorité politique elle-même n’y portera pas atteinte⁷⁸ ; du moins l’exercice du droit d’expropriation, s’il n’est pas totalement prohibé⁷⁹, doit-il être

marché secondaire très actif. On trouve même sur Internet des bourses aux droits pétroliers : voir par exemple : www.oilexchange.com

⁷⁵ C’est la thèse centrale de H.DEMSETZ, *op.cit.*

⁷⁶ Trois tâches qui composent ce que J. Locke appelait la fonction de *conservation de la propriété*, “la plus grande et la principale que se proposent les hommes, lorsqu’ils s’unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement”. J.LOCKE, *Traité du gouvernement civil* [1690], éd. S. Goyard-Fabre, GF-Flammarion, 1992..

⁷⁷ M.WEBER, *Économie et société* (posthume 1921) ; édition de poche, Paris, Pocket, 1995.

⁷⁸ J.ELSTER, “The impact of constitutions on economic performance”, in *Proceedings from the Annual Bank Conference on Economic Development*, Washington: The World Bank 1995, pp.209-226. et C.SUNSTEIN, « On Property and Constitutionalism, » *LAW & ECONOMICS WORKING PAPER No. 3*, 1992 disponible sur http://www.law.uchicago.edu/files/files/03.crs_property.pdf

⁷⁹ Certains suggèrent qu’il devrait l’être : voir par exemple C.SUNSTEIN, *op.cit* p. 7. On constate cependant que, y compris dans les pays de longue tradition libérale, “L’admission de l’expropriation pour cause d’utilité publique suit traditionnellement [dans les textes] la proclamation du principe de l’inviolabilité de la propriété privée” — le travail jurisprudentiel sur les conditions de conciliation de

strictement codifié et soumis à l'appréciation du juge, dont les décisions s'imposent au pouvoir politique⁸⁰.

Autrement dit, cette autorité ne saurait être extérieure à l'ordre juridique mais doit au contraire lui être soumise ; celui-ci doit définir précisément l'étendue et les conditions d'exercice du pouvoir de contrainte et donc sanctifier le domaine des droits individuels, y compris les "droits économiques", le cas échéant contre les velléités de l'autorité politique : l'ordre juridique dont a besoin le marché est un *ordre constitutionnel*⁸¹. Notons bien que l'existence formelle d'une constitution ne suffit pas à établir un tel ordre : encore faut-il que cette constitution soit *effectivement* ordonnée à la limitation du pouvoir politique et à la protection du droit individuel de propriété — c'est-à-dire à la promotion du *rule of law*, "idéal politique" au constitutionalisme libéral.

ii. La prospection, l'exploration et l'exploitation des ressources hydrocarbures

Comme on l'a déjà constaté, ces activités, situées le plus en amont de la filière énergétique, sont marquées par une intervention forte des États membres. La directive adoptée en 1994 pose d'ailleurs comme principe général que

*« les États membres possèdent la souveraineté et les droits souverains sur les ressources en hydrocarbures situées sur leur territoire »*⁸².

Or, comme remarque M. LEMAIRE,⁸³ il n'existe pas un droit à se livrer aux activités de prospection, d'exploration et d'extraction d'hydrocarbures en dehors de

ces deux principes opposés témoignant de "l'insertion des rapports entre les titulaires de la puissance publique et leurs sujets dans le cadre du droit".

⁸⁰ Dans le domaine qui nous intéresse, il existe aux États-Unis une importante jurisprudence sur les conditions de légalité — et en particulier de constitutionalité — des violations par la puissance publique du droit de propriété sur les ressources naturelles ; voir J.LAITOS, « Judicial Protection of Private Property in Natural Resources: The American Experience, » *J. of Energy and Natural Resources* n°262, 1996

⁸¹ L'ordre de marché, et plus généralement l'ordre spontané qui préside à la cohésion des sociétés libres, repose sur un strict encadrement des prérogatives de la puissance publique — il est un ordre à fondement constitutionnel

⁸² Directive 94/22/CE du 30 mai 1994 préc., spéc. le 4^{ème} considérant.

la volonté des États. C'est pourquoi, les textes communautaires n'ont d'autres ambitions que de garantir un accès non discriminatoire à ces activités, et que leur exercice s'effectue dans des conditions qui favorisent une plus grande concurrence⁸⁴.

Dès lors qu'un État décide d'ouvrir une aire de son territoire à ces activités⁸⁵, il doit se conformer à un certain nombre d'exigences concernant l'octroi de l'autorisation et les conditions d'exercice de ces activités.

α. Le régime des autorisations ou les conditions d'accès aux activités d'amont

Selon la rédaction de la directive, les Etats membres disposent d'une alternative pour octroyer les autorisations de prospecter, d'explorer et d'extraire les hydrocarbures. D'une part, ils peuvent ouvrir la procédure, soit de leur propre initiative, soit à la suite de la présentation d'une demande par une entité, en publiant au JOCE un avis invitant tout intéressé à présenter une demande⁸⁶. Un délai minimum de quatre-vingt-dix jours doit être respecté entre cette publication et la date limite de candidature. D'autre part, selon le paragraphe 3 de l'article 3, les États peuvent accorder des autorisations en dehors de cette procédure. Il s'agit d'une hypothèse dans laquelle une aire est disponible en permanence, ou qui a fait l'objet de la procédure précédemment décrite sans aboutir à l'octroi d'une autorisation ou qui a été abandonnée par une entité⁸⁷.

D'autre part, la directive prévoit également comme une exception à la règle générale que ces procédures peuvent être écartées dans l'hypothèse où des considérations géologiques ou d'exploitation justifient qu'une autorisation soit accordée au détenteur « *d'une autorisation pour une aire contiguë* »⁸⁸. Il existe

⁸³ Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence : Recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz* », II Tomes, Marseille, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003, p. 146

⁸⁴ Ces objectifs sont rappelés dans le 6^{ème} considérant de la directive 94/22/CE

⁸⁵ Les États sont libres de laisser se développer ces activités sur leur territoire. V. l'article 2 de la directive 94/22/CE préc

⁸⁶ Article 3, paragraphe 2, de la directive 94/22/CE

⁸⁷ Article 3, paragraphe 3, de la directive 94/22/CE

⁸⁸ Article 3, paragraphe 4 de la directive 94/22/CE

encore une hypothèse dans laquelle cette exception est justifiée – quand les décisions des autorités compétentes ne comportent pas la qualification « *à l'octroi d'une autorisation* » au sens de la directive⁸⁹.

Dans tous les cas, les autorisations doivent être octroyées sur la base de critères objectifs, non discriminatoires et publiés au JOCE⁹⁰. Ces critères doivent toujours se fonder au moins sur les capacités techniques et financières des entités, mais aussi sur la manière dont elles comptent pratiquer ces activités. Il paraît convenable de marquer que la liste des critères prévus n'est pas exhaustive, au contraire elle donne un contenu minimal qui peut augmenter selon la situation. Ainsi dans l'hypothèse où l'autorisation fait l'objet d'une vente, le prix proposé pour l'obtention de l'autorisation devient logiquement un critère à retenir. Si ces critères ne sont pas suffisants pour permettre de sélectionner un candidat, d'autres critères remplissant les mêmes conditions peuvent être proposés. À côté de **ces critères positifs**, les autorités compétentes peuvent aussi prendre en considération le manque d'efficacité et de responsabilité que les demandeurs auraient pu manifester antérieurement. Au-delà de ces critères, les autorités compétentes des États disposent également du pouvoir de déterminer la composition de l'entité candidate ou la nature de l'exploitant de celle-ci⁹¹.

En continuant l'analyse de la procédure d'autorisation, on constatera que certains éléments de l'autorisation sont soumis à un principe de proportionnalité. Ainsi, pour déterminer la superficie des aires géographiques objets de l'autorisation, les États doivent s'assurer qu'elle n'excède pas ce qui est justifié par le meilleur exercice possible des activités du point de vue technique et économique. On peut donner encore un exemple : la durée de l'autorisation ne doit pas être plus longue que la période nécessaire pour mener les activités pour lesquelles elle est octroyée. Dans l'hypothèse où l'entreprise bénéficie de droits exclusifs, elle ne peut les conserver que pour la période nécessaire de réaliser correctement les activités⁹².

⁸⁹ Article 3, paragraphe 3, lettre b) de la directive 94/22/CE

⁹⁰ Article 5 de la directive 94/22/CE

⁹¹ Article 5, paragraphe 1 de la directive 94/22/CE

⁹² Article 4, lettre c) de la directive 94/22/CE

Si la directive encadre les conditions d'octroi d'une autorisation, elle laisse la liberté aux États membres dans le choix des opérateurs. En effet, ces derniers demeurent libres de refuser l'octroi d'une autorisation, nonobstant le déclenchement de la procédure, mais sous la condition que cela n'entraîne pas de discrimination entre les entreprises⁹³.

Enfin, on doit noter qu'il existe encore une limitation. Les États membres, en se fondant sur des raisons de sécurité publique, peuvent refuser l'accès aux activités et leur exercice à une entité qui est contrôlée par des pays tiers ou des ressortissants de pays tiers⁹⁴.

Tous ces éléments montrent qu'une grande marge de manœuvre est laissée aux États membres quand on parle de l'organisation de l'accès aux ressources. Ce constat s'impose également s'agissant des conditions d'exercice de ces activités.

β. Les conditions d'exercice des activités amont

La directive reconnaît expressément que les États peuvent imposer un certain nombre de conditions et d'exigences concernant l'exercice et l'arrêt de l'activité⁹⁵. Ces conditions font toutefois l'objet d'un encadrement communautaire. Ledit encadrement est plus ou moins strict selon que l'État participe ou non aux activités autorisées⁹⁶.

Ainsi, dans tous les cas, ces conditions et exigences doivent être définies et mises, à tout moment, à la disposition des entités intéressées. Suivant cette logique d'information, tout changement intervenant au cours de la procédure d'autorisation doit être notifié aux acteurs intéressés⁹⁷.

⁹³ Article 3, paragraphe 6, de la directive 94/22/CE

⁹⁴ Article 2, paragraphe 2, de la directive 94/22/CE.

⁹⁵ Article 5, paragraphe 2, de la directive 94/22/CE.

⁹⁶ Les États membres sont, en effet, libres de décider de conditionner l'octroi d'une autorisation à leur participation, directe ou indirecte, aux activités. V. l'article 6, paragraphe 3, de la directive 94/22/CE.

⁹⁷ Article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive 94/22/CE

La directive introduit comme une garantie supplémentaire l'exigence de non-discrimination⁹⁸. Selon la disposition les États membres sont tenus de veiller à ce que les conditions qu'ils imposent

« soient justifiées exclusivement par la nécessité d'assurer que sont menées à bien les activités exercées dans l'aire pour laquelle l'autorisation est demandée »⁹⁹.

On doit noter également que ces conditions doivent être justifiées par des considérations de sécurité nationale, d'ordre public, de santé publique, de sécurité des transports, de protection de l'environnement, de protection des ressources biologiques et des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, par la sécurité des installations et des travailleurs, la gestion rationnelle des ressources en hydrocarbures ou la nécessité d'assurer des revenus fiscaux¹⁰⁰.

Cette dernière justification en rejoint une autre. En effet, les États membres vont vouloir tirer profit de leurs ressources nationales. C'est pourquoi la directive les autorise à imposer aux entités le versement d'une contrepartie en espèces ou en hydrocarbures¹⁰¹. Seules les modalités du versement de ces contributions sont encadrées, puisque les États sont tenus de garantir le maintien de l'indépendance des entités en matière de gestion¹⁰².

Cette indépendance de gestion des entités doit être garantie aussi quand l'État participe aux activités en question. Il peut le faire soit directement, soit en désignant une personne morale chargée de gérer sa participation¹⁰³. Quelles que soient les modalités retenues, l'État, ou la personne morale désignée, doit exercer les droits et obligations liés à cette participation de manière proportionnelle à l'importance de celle-ci¹⁰⁴.

⁹⁸ Article 5, paragraphe 4, de la directive 94/22/CE.

⁹⁹ Article 6, paragraphe 1, de la directive 94/22/CE.

¹⁰⁰ Article 6, paragraphe 2, de la directive 94/22/CE

¹⁰¹ Article 6, paragraphe 1, de la directive 94/22/CE

¹⁰² Article 6, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, de la directive 94/22/CE

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

Toutefois, la directive fixe des limites à l'exercice de cette participation étatique dans le but de circonscrire les atteintes éventuelles à la concurrence. Ainsi, l'État ne peut détenir les informations ni exercer les droits de vote sur les décisions concernant les sources d'approvisionnement des entités. De même, il ne doit pas pouvoir disposer, en combinaison avec une ou plusieurs entités publiques, d'une majorité des droits de vote sur les autres décisions. Enfin, l'exercice des droits de vote doit s'effectuer sur la base de principes transparents, objectifs et non discriminatoires, et permettre à l'entité de fonder ses décisions en matière de gestion sur des principes commerciaux normaux¹⁰⁵.

Ces limites ne font néanmoins pas obstacle à la possibilité pour l'État ou la personne morale désignée, de s'opposer à une décision des titulaires d'une autorisation qui serait contraire aux conditions et exigences fixées par l'autorisation et concernant la politique de restriction de la protection des intérêts financiers de l'État¹⁰⁶. L'exercice de cette faculté doit, bien sûr, être non discriminatoire¹⁰⁷.

Les garanties et obligations d'indépendance sont par ailleurs renforcées quand la participation de l'Etat est gérée par une personne morale qui est elle-même détentrice des autorisations. Cette dernière est, en effet, soumise à une obligation de séparation comptable de manière à isoler ces activités commerciales de son rôle de gestion de la participation de l'État. De plus, cette obligation pèse sur la composante de la personne morale responsable de la gestion de cette participation, présupposant une obligation de confidentialité vis-à-vis de la composante de cette même personne morale qui détient les autorisations pour son propre compte.

C'est donc dans ce cadre législatif et réglementaire qu'on peut encadrer les activités d'amont. Mais il sera partiel si on n'y inclut pas une dernière activité d'amont spécifique pour le secteur des hydrocarbures.

b. Le transport d'amont des hydrocarbures

¹⁰⁵ Article 6, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive 94/22/CE

¹⁰⁶ Article 6, paragraphe 3, alinéa 3, de la directive 94/22/CE

¹⁰⁷ Article 6, paragraphe 3, alinéa 4, de la directive 94 22 CE

En parlant des activités d'amont dans le secteur des hydrocarbures il est nécessaire de noter que les secteurs gazier et pétrolier disposent d'une importante spécificité – le réseau de gazoducs en amont. En même temps il est bien de noter que c'est la seule activité d'amont qui est visée directement par la directive relative à l'établissement du marché intérieur du gaz naturel¹⁰⁸.

En tant que point de départ dans l'étude de cette activité, il paraît convenable de la distinguer des autres activités de réseaux qui seront étudiées dans les paragraphes suivants. Comme remarque M. LEMAIRE on peut effectuer cette distinction sur deux critères – l'un juridique et l'autre technique¹⁰⁹.

Concernant le premier critère, on peut constater juridiquement que cette activité n'entre pas dans le champ d'application de la définition du réseau¹¹⁰. Ceci explique le fait qu'en définissant l'activité visée, la directive évite l'utilisation du terme « transport » et emploie l'expression « réseaux de gazoducs amont ». Selon l'article 2, point 2 il s'agit de

« tout gazoduc ou réseau de gazoducs exploité et/ou construit dans le cadre d'un projet de production de pétrole ou de gaz, ou utilisé pour transporter du gaz naturel d'un ou plusieurs sites de production de ce type vers une usine ou un terminal de traitement ou un terminal d'atterrissage final ».

Du point de vue technique, on peut constater que ces infrastructures ont une fonction, une mission suffisamment différente des réseaux de transport ou bien de distribution. Or, ces réseaux de gazoducs amont

¹⁰⁸ Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L 211 du 14.8.2009, p. 94–136*

¹⁰⁹ Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence* op.cit.. p. 161

¹¹⁰ Article 2, point 13 de la Directive 2009/73/CE « 13. "réseau", tout réseau de transport, tout réseau de distribution, toute installation de GNL et/ou de stockage détenu et/ou exploité par une entreprise de gaz naturel, y compris le stockage en conduite et ses installations fournissant des services auxiliaires et celles des entreprises liées nécessaires pour donner accès au transport, à la distribution et au GNL; »

« ont principalement pour fonction d'évacuer le gaz des gisements vers des usines ou des terminaux raccordés aux réseaux interconnectés »¹¹¹.

En se fondant sur cette notion, on peut voir clairement le rôle et la place de ces infrastructures dans le développement du marché gazier. Prenant en considération l'importance de ces installations et en reconnaissant leurs spécificités, la directive prévoit un droit d'accès pour certains opérateurs.

i. Le droit d'accès

En parlant du droit d'accès aux réseaux de gazoducs amont, il paraît nécessaire de noter que l'indispensabilité de cet accès pour procéder à l'exploitation de champs gaziers, a provoqué, bien avant l'intervention de la première directive, l'activisme des compagnies pour assurer l'accès au réseau

En même temps on peut noter que certains Etats qui ont décidé de libéraliser leurs secteurs gaziers au début des années 80, comme le Royaume Uni, les Pays Bas ou la Norvège ont adopté un paquet de législation spécifique, notamment sur les pipelines offshore.¹¹²

L'adoption de la première directive relative au marché intérieur du gaz a permis la reconnaissance de ce droit au niveau communautaire. Aujourd'hui ce droit est reconnu dans l'article 34 de la Directive 2009/73/CE. Selon la rédaction de l'article visé

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les entreprises de gaz naturel et les clients éligibles peuvent, où qu'ils soient situés, obtenir, conformément au présent article, l'accès aux réseaux de gazoducs en amont, y compris aux installations fournissant des services techniques connexes à cet accès, à l'exception des parties de ces réseaux et installations utilisées pour

¹¹¹ Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence* op.cit. p. 161

¹¹² En ce sens voir M.ROGGINKAMP, C.REDGWELL, I.GUAYO, A. RONNE, *Energy Law in Europe*, 2nd éd. Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 818-819 (Pays –Bas), p. 924-925,(Norvège) et p. 1192-1193(Royaume –Uni)

des opérations locales de production sur le site d'un gisement où le gaz est produit »¹¹³.

En se fondant sur cet alinéa on peut conclure que le droit d'accès au réseau de gazoducs amont inclut en soi non seulement l'accès aux gazoducs eux-mêmes, mais également l'ensemble des installations fournissant des services techniques connexes à cet accès. En même temps le même alinéa pose certaines limitations au droit reconnu, en excluant de son champ d'application les parties de ces réseaux et installations utilisées pour les opérations locales de production sur le site d'un gisement où le gaz est produit.

Enfin, on doit noter que selon cet alinéa les titulaires du droit d'accès aux réseaux de gazoducs en amont ne diffèrent pas des titulaires du droit d'accès aux réseaux de transport et de distribution.

ii. La prise en compte de la spécificité des gazoducs d'amont

L'existence d'une régulation spécifique concernant l'organisation de l'accès aux gazoducs d'amont peut être expliquée avec la prise en compte par la Commission des spécificités caractéristiques de ces types d'installations.

Ainsi, la directive prévoit que l'accès devra être « *accordé de la manière déterminée par l'État membre conformément aux instruments juridiques pertinents* »¹¹⁴. On peut déduire de ce passage que les Etats sont libres de déterminer les modalités d'accès à ces réseaux. Or le régime d'accès de tiers n'est pas obligatoire concernant les gazoducs d'amont. Un argument supplémentaire peut être trouvé dans le fait que quelle que soit la formule adoptée, celle-ci devra répondre aux objectifs fixé par la directive qui constituent que

« les États membres appliquent les objectifs que constituent un accès juste et ouvert, la création d'un marché concurrentiel du gaz naturel et la prévention des abus de position dominante, en tenant compte de la sécurité et de la régularité des approvisionnements, des

¹¹³ Article 34, alinéa 1 de la Directive 2009/73/CE

¹¹⁴ Article 34, alinéa 2, première préposition, de la Directive 2009/73/CE

*capacités qui sont ou peuvent raisonnablement être rendues disponibles et de la protection de l'environnement. »*¹¹⁵

On retrouve ici les principes généraux sur lesquels repose la nouvelle directive. Le même passage montre que la mise en œuvre d'un tel accès tient aussi compte de la spécificité de ces réseaux de gazoducs en amont. La directive énumère ensuite, d'une manière exhaustive, les considérations qui peuvent être prises en compte. D'une part, il s'agit de la possibilité de refuser l'accès lorsqu'il y a, dans les spécifications techniques, une incompatibilité qui ne peut être raisonnablement surmontée¹¹⁶. D'autre part la directive exige que la mise en œuvre de ce droit ne doive pas porter préjudice à l'efficacité de la production d'hydrocarbures actuelle ou prévue pour l'avenir, y compris sur des gisements dont la viabilité économique est faible¹¹⁷. Ensuite, la directive prévoit en tant qu'élément d'appréciation la nécessité de respecter les besoins raisonnables et dûment justifiés du propriétaire ou du gestionnaire du réseau de gazoducs en amont en matière de transport et de traitement du gaz et les intérêts de tous les autres utilisateurs du réseau de gazoducs en amont ou des installations de traitement ou de manutention qui pourraient être concernés¹¹⁸. Et à la fin le texte postule :

*« la nécessité d'appliquer, conformément au droit communautaire, leur législation et leurs procédures administratives en matière d'octroi d'autorisations de production ou de développement en amont »*¹¹⁹.

On doit insister sur le fait que la directive prend en compte la spécificité des réseaux de gazoducs amont en établissant le système de contrôle sur ce segment du marché. Ainsi, elle exige que les États membres veillent à mettre en place un système de règlement des litiges. Celui-ci doit comporter une autorité indépendante des parties ayant accès à toutes les informations pertinentes. Cette autorité de son côté est obligée de tenir compte des critères définis à l'alinéa 2 de l'article et du

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Article 34, alinéa 2, lettre a) de la Directive 2009/73/CE

¹¹⁷ Article 34, alinéa 2, lettre b) de la Directive 2009/73/CE

¹¹⁸ Article 34, alinéa 2, lettre c) de la Directive 2009/73/CE

¹¹⁹ Article 34, alinéa 2, lettre d) de la Directive 2009/73/CE

nombre des parties qui peuvent être impliquées dans la négociation de l'accès à ces réseaux.

En conclusion on peut dire que l'adoption des directives concernant le secteur des hydrocarbures provoque d'importants changements sur la structure des activités d'amont. Un processus pareil est observé dans le secteur de l'électricité, mais d'une intensité encore plus forte.

§§ 2. L'encadrement des activités d'amont dans le secteur de l'électricité

L'élaboration d'un cadre communautaire de la production d'électricité, par lequel on va encadrer les activités d'amont dans ce secteur, résulte de deux mouvements. Le premier mouvement, qui est beaucoup plus radical, est caractérisé par la volonté de la Commission et de certains Etats membres d'introduire une pleine concurrence pour l'accès et l'exercice de l'activité de production. Le second mouvement qui est plus modéré peut être caractérisé par le développement progressif de la politique énergétique communautaire liée avec la diversification des sources d'énergie et plus concrètement avec la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et de la cogénération.

a. L'accès au marché de la production d'électricité

Selon la théorie juridique¹²⁰ l'accès au marché de la production peut être défini comme la possibilité ouverte aux nouveaux entrants de construire et d'exploiter de nouvelles installations. Dans cette même optique, on doit noter que les négociations communautaires ont été centrées sur les modalités discutées pour l'organisation de l'accès¹²¹. Le compromis qui en a résulté a finalement consacré deux modes d'accès au marché de la production – l'autorisation et l'appel d'offre.

i. La procédure d'autorisation

Dans la logique de la nouvelle organisation structurelle, mais aussi dans la philosophie de la libéralisation ce système représente le modèle le plus favorable.

¹²⁰ Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence* op.cit p.165 et s.

¹²¹ Ibid.

Cette modalité, à la différence de l'autre, repose sur l'initiative des entreprises énergétiques qui doivent formuler et soutenir une demande d'autorisation¹²².

Selon les dispositions de la directive relative au marché intérieur d'électricité¹²³, et plus concrètement dans son article 7, alinéa 1 l'Etat est chargé de l'obligation de délivrer cette autorisation. En même temps la rédaction du texte, comme dans ses versions précédentes¹²⁴, reste muette sur la définition des entités qui sont chargées de statuer sur une telle demande. Il est possible de conclure qu'il peut donc s'agir du gouvernement ou bien d'une autorité indépendante.

Conformément au même article les Etats membre qui choisissent de recourir à la procédure d'autorisation pour la construction de nouvelles capacités de production, sont obligés de fixer préalablement les critères pour l'octroi de ces autorisations. Dans la langue du texte ces critères doivent être « *objectifs, transparents et non discriminatoires* »¹²⁵.

En même temps l'alinéa 2 de l'article visé énumère non limitativement les critères les plus importants. Ils peuvent porter sur la sécurité et la sûreté des réseaux électriques, des installations et des équipements associés¹²⁶, la protection de la santé et de la sécurité publiques¹²⁷, la protection de l'environnement¹²⁸, l'occupation des sols et le choix des sites¹²⁹, l'utilisation du domaine public¹³⁰, l'efficacité énergétique¹³¹, la nature des sources primaires¹³², les caractéristiques particulières du demandeur, telles que capacités techniques, économiques et

¹²² C.ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, Paris, LGDJ, 2006, p. 220

¹²³ Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE *JO L 211 du 14.8.2009*, p. 55–93

¹²⁴ Article 6 de la directive 2003/54/CE

¹²⁵ Article 7, alinéa 1 de la Directive 2009/72/CE

¹²⁶ Article 7, alinéa 2, lettre a) de la directive 2009/72/CE

¹²⁷ Article 7, alinéa 2, lettre b) de la directive 2009/72/CE

¹²⁸ Article 7, alinéa 2, lettre c) de la directive 2009/72/CE

¹²⁹ Article 7, alinéa 2, lettre d) de la directive 2009/72/CE

¹³⁰ Article 7, alinéa 2, lettre e) de la directive 2009/72/CE

¹³¹ Article 7, alinéa 2, lettre f) de la directive 2009/72/CE

¹³² Article 7, alinéa 2, lettre g) de la directive 2009/72/CE

financières¹³³ et les dispositions de l'article 3 de la directive permettant aux Etats membres d'imposer aux entreprises du secteur des obligations de service public¹³⁴.

A la différence de l'article 6 de la Directive 2003/54/CE, la nouvelle rédaction de l'article 7 inclut encore deux critères qui s'inscrivent dans la nouvelle orientation de la politique énergétique communautaire, notamment la protection de l'environnement. Ainsi dans le deuxième alinéa sont ajoutés en tant que critères la contribution de la capacité de production à la réalisation de l'objectif général de la Communauté consistant à atteindre une part d'au moins 20 % d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de la Communauté en 2020, visée à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables¹³⁵; et la contribution de la capacité de production à la réduction des émissions¹³⁶.

Avant d'envisager la deuxième procédure garantissant l'accès au marché de la production, il paraît nécessaire de noter que la directive introduit une diversification dans la procédure d'autorisation. Selon l'alinéa 3 de l'article 7 les États membres sont obligés de veiller à ce que des procédures d'autorisation spécifiques existent pour les petits producteurs décentralisés et pour la production distribuée, qui tiennent compte de leur taille et de leur impact potentiel limités.

La même obligation existait dans la Directive 2003/54/CE, mais à la différence d'elle la nouvelle directive définit le rôle de l'Etat. Selon le second et le troisième paragraphe de l'alinéa 3 de l'article 7 de la Directive 2009/72/CE,

« Les États membres peuvent fixer des orientations pour cette procédure d'autorisation spécifique. Les autorités de régulation nationales ou d'autres autorités nationales compétentes, y compris les autorités de planification, examinent ces orientations et peuvent recommander des modifications. »

¹³³ Article 7, alinéa 2, lettre h) de la directive 2009/72/CE

¹³⁴ Article 7, alinéa 2, lettre i) de la directive 2009/72/CE

¹³⁵ Article 7, alinéa 2, lettre j) de la directive 2009/72/CE

¹³⁶ Article 7, alinéa 2, lettre k) de la directive 2009/72/CE

Si les États membres ont établi des procédures d'autorisation particulières pour l'occupation des sols, applicables aux projets de grandes infrastructures nouvelles pour la capacité de production, les États membres incluent, le cas échéant, la construction des nouvelles capacités de production dans le cadre de ces procédures et les mettent en œuvre d'une manière non discriminatoire et dans un délai approprié. »

ii. La procédure d'appel d'offres

A la différence de la modalité précédente, dans ce cas l'initiative d'une augmentation des capacités de production n'appartient pas aux entreprises mais à l'administration.

Les Etats membres garantissent la possibilité, dans l'intérêt de la sécurité d'approvisionnement, de prévoir de nouvelles capacités ou des mesures d'efficacité énergétique par une procédure ou toute procédure équivalente en terme de transparence et de non discrimination, sur la base de critères publiés. A la différence de la rédaction de l'article 6 de la directive 96/92/CE¹³⁷, dans la directive 2003/54/CE¹³⁸, mais aussi dans la nouvelle directive de 2009¹³⁹ la procédure d'appel d'offre est subordonnée à la procédure d'autorisation. En même temps on est obligé de noter que cette procédure n'est pas inconditionnelle. Elle ne peut être lancée que si, sur la base de la procédure d'autorisation, la capacité de production en construction ou les mesures d'efficacité énergétique ne sont pas suffisantes pour garantir la sécurité d'approvisionnement¹⁴⁰.

¹³⁷ « Article 6

1. Lorsqu'ils choisissent la procédure d'appel d'offres, les États membres ou tout organisme compétent désigné par l'État membre concerné dressent l'inventaire des nouveaux moyens de production, y compris des capacités de renouvellement, sur la base du bilan prévisionnel régulier visé au paragraphe 2. L'inventaire tient compte des besoins d'interconnexion des réseaux. Les capacités requises sont attribuées par procédure d'appel d'offres selon les modalités définies au présent article.

2. Le gestionnaire du réseau de transport ou toute autre autorité compétente désignée par l'État membre concerné élabore et publie sous le contrôle de l'État, au moins tous les deux ans, un bilan prévisionnel régulier sur les capacités de production et de transport susceptibles d'être raccordées au réseau, sur les besoins d'interconnexions avec d'autres réseaux et les capacités de transport potentielles ainsi que sur la demande d'électricité. Ce bilan prévisionnel couvre une période définie par chaque État membre... »

¹³⁸ Article 7, alinéa 1 in fine, de la Directive 2003/54/CE

¹³⁹ Article 8, alinéa 1 in fine, de la Directive 2009/72/CE

¹⁴⁰ Article 8, alinéa 1 de la Directive 2009/72/CE

Aux termes de l'alinéa 2 du même article :

« Les États membres peuvent garantir la possibilité, dans l'intérêt de la protection de l'environnement et de la promotion de nouvelles technologies émergentes, de lancer un appel d'offres pour la fourniture de nouvelles capacités, sur la base de critères publiés. Cet appel d'offres peut porter sur de nouvelles capacités ou sur des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande. Une procédure d'appel d'offres ne peut cependant être lancée que si, sur la base de la procédure d'autorisation, la capacité de production à construire ou les mesures à prendre ne sont pas suffisantes pour atteindre ces objectifs. ».

En même temps on peut constater qu'à la différence de la procédure d'autorisation, la régulation de la procédure d'appel d'offre est plus détaillée. Ainsi la directive impose aux Etats membres l'obligation de désigner une autorité ou un organisme public ou privé indépendant des activités de production, de transport, de distribution et de fourniture d'électricité, qui sera responsable de l'organisation, du suivi et du contrôle de la procédure d'appel d'offres¹⁴¹. Tous les Etats membres sont également obligés de garantir un haut niveau de transparence de la procédure. Ainsi la directive exige que

« Les modalités de la procédure d'appel d'offres pour les moyens de production et les mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande font l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne au moins six mois avant la date de clôture de l'appel d'offres. ».

Le cahier des charges est mis à la disposition de toute entreprise intéressée, établie sur le territoire d'un État membre, de sorte que celle-ci puisse disposer d'un délai suffisant pour présenter une offre.

¹⁴¹ Article 8, alinéa 5 de la Directive 2009/72/CE

En vue de garantir la transparence et la non-discrimination, le cahier des charges contient la description détaillée des spécifications du marché et de la procédure à suivre par tous les soumissionnaires, de même que la liste exhaustive des critères qui déterminent la sélection des soumissionnaires et l'attribution du marché, y compris les incitations, telles que des subventions. Ces spécifications peuvent concerner également les domaines visés à l'article 7, paragraphe 2. »¹⁴²

Il paraît convenable, avant de procéder à la suite, de noter encore une caractéristique importante du processus d'ouverture. Il s'agit de ce qui distingue les nouveaux titulaires du droit d'exercer l'activité de production des anciens opérateurs. C'est le fait que selon les dispositions de la directive ils doivent exploiter de nouvelles installations, mais sans donner une définition cohérente de la notion. Mais si la qualification de nouvelle ou ancienne installation de production ne doit pas poser de problème quand il s'agit de la construction d'une nouvelle unité de production, l'exercice peut « *s'avérer plus délicat quand est en cause la modification d'installations existantes* »¹⁴³.

b. L'organisation de la structure de la production de l'électricité par le biais de la promotion des énergies renouvelables et la cogénération

La première directive sur le marché intérieur de l'électricité¹⁴⁴ assurait la promotion de la cogénération et des sources d'énergie renouvelables. Dans ses articles 8 et 11, elle dispose de manière identique dans les alinéas 3 que

« Un État membre peut imposer au gestionnaire du réseau, lorsqu'il appelle les installations de production, de donner la priorité à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables ou des déchets ou qui produisent de la chaleur et de l'électricité combinées ».

¹⁴² Article 8, alinéa 3 de la Directive 2009/72/CE

¹⁴³ Ch. LEMAIRE, *Energie et concurrence ...op.cit* p. 181.

¹⁴⁴ Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO L 27 ; 30/01/1997) disponibles sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:FR:HTML>

Cette ligne directrice est suivie fidèlement dans la deuxième directive. On constate que son article 11, alinéa 3, reprend mots par mots les termes de l'article 8 de la directive précédant¹⁴⁵. Le rôle important de ce texte dans le processus de l'établissement d'un marché unique peut être illustré aussi par le fait qu'il reste même après les modifications qui seront introduites avec le troisième paquet législatif¹⁴⁶.

En même temps on doit constater qu'un très grand nombre d'actes, à la portée normative variable, ont été adoptés par les institutions communautaires pour promouvoir le développement visé. L'incitation au développement de la cogénération et des sources d'énergie renouvelables, comme il a déjà été noté, a d'abord pris la forme d'actes atypiques avant que soient adoptés des actes de portée contraignante¹⁴⁷.

Sans approfondir le contenu des deux actes visés ci-dessus, on s'arrêtera sur les liens entre eux et les directives électricité concernant l'ouverture de la production.

i. Les liens entre la directive « énergie renouvelables » et les directives électricité

On a déjà remarqué que l'article 4 de la première directive prévoyait la mise en place de régimes d'autorisation ou d'appels d'offre pour la construction de nouvelles installations de production. Les directives 2003/54/CE et 2009/72/CE de

¹⁴⁵ « Article 11

3. Un État membre peut imposer au gestionnaire de réseau, lorsqu'il appelle les installations de production, de donner la priorité à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables ou des déchets ou qui produisent de la chaleur et de l'électricité combinées. »

¹⁴⁶ Article 15, alinéa 3 de la Directive 2009/72/CE

« 3. Un État membre impose aux gestionnaires de réseau de se conformer à l'article 16 de la directive 2009/28/CE, lorsqu'ils appellent les installations de production qui utilisent des sources d'énergie renouvelables. Il peut également exiger des gestionnaires de réseau, lorsqu'ils appellent les installations de production, qu'ils donnent la priorité à celles qui produisent de la chaleur et de l'électricité combinées. »

¹⁴⁷ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), O L 140 du 5.6.2009, p. 16-62 ; Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, JOCE, n°L 283 du 27 octobre 2001, pp.33-40 ; Directive 2004/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de chaleur utile dans le marché intérieur de l'énergie et modifiant la directive 1992/42/CEE, JOUE, n°L 52 du 21 février 2004, pp. 50-60

leur côté ont maintenu l'existence de cette double procédure en faisant de la procédure d'appel d'offres une procédure supplétive.

Selon le texte de l'article 13 alinéa 1 de la directive 2009/28/ CE les deux modes d'accès à la production restent en vigueur, mais il prévoit que par rapport aux énergies renouvelables ces procédures doivent être modifiées en trois directions.

Premièrement, il est obligatoire de réduire tous les obstacles réglementaires et non réglementaires à l'augmentation de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables. Ensuite il est prévu une rationalisation et une accélération des procédures au niveau administratif approprié¹⁴⁸. Enfin les Etats membres doivent veiller à ce que les règles soient objectives, transparentes, proportionnées non discriminatoires¹⁴⁹, et tiennent dûment compte des particularités des différentes technologies utilisant des sources d'énergie renouvelables.

La directive invite aussi les Etats à faciliter l'accès de l'électricité propre aux réseaux, ce qui de son côté garantit la stabilité des investissements des producteurs¹⁵⁰. La nouvelle directive « électricité » va un peu plus loin en imposant cette possibilité comme une obligation de l'Etat¹⁵¹.

En même temps on peut constater que les objectifs fixés demeurent indicatifs, qu'il s'agisse des objectifs nationaux ou de l'objectif global. Il est loin d'être certain que l'objectif global puisse être atteint en l'absence de normes contraignantes. Tout de même les institutions communautaires n'ont pas exclu la possibilité d'intervention et la fixation d'objectifs contraignants. Les considérations de 8 à 11 de la directive 2009/28/CE¹⁵² fournissent des arguments dans ce sens.

¹⁴⁸ Article 13, alinéa 1, paragraphe 1, lettre b et c) de la Directive 2009/28/CE

¹⁴⁹ Article 13, alinéa 1, paragraphe 1, lettre d) de la Directive 2009/28/CE

¹⁵⁰ Article 16 de la directive 2009/28/CE

¹⁵¹ Article 15, alinéa 3 de la Directive 2009/72/CE

¹⁵² « (8) D'après la communication de la Commission du 10 janvier 2007 intitulée "Feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables — Les sources d'énergie renouvelables au XXI^e siècle: construire un avenir plus durable", une part de 20 % de l'énergie provenant de sources renouvelables dans la consommation totale d'énergie et une part de 10 % de ce type d'énergie dans les transports seraient des objectifs appropriés et réalisables, et un cadre prévoyant des objectifs contraignants devrait apporter aux milieux

ii. Les liens entre la directive « cogénération » et les directives électricité

Presque dans les mêmes termes, la directive 2004/8/CE établit une relation entre la promotion de la cogénération et les procédures d'accès aux activités de production d'électricité.

La cogénération est une technique permettant de produire en un seul processus de la chaleur et de l'électricité. La chaleur se présente sous forme de vapeur d'eau à pression élevée ou sous forme d'eau chaude¹⁵³.

Une centrale de cogénération électricité-chaleur fonctionne grâce à des turbines ou des moteurs à gaz. Le gaz naturel est l'énergie primaire le plus

d'affaires la stabilité requise pour effectuer des investissements durables dans le secteur des énergies renouvelables, qui permettent de réduire la dépendance vis-à-vis des combustibles fossiles importés et d'accroître l'utilisation des nouvelles technologies énergétiques. Ces objectifs existent dans le cadre de l'amélioration de 20 % de l'efficacité énergétique d'ici à 2020, visée dans la communication de la Commission du 19 octobre 2006 intitulée "Plan d'action pour l'efficacité énergétique: réaliser le potentiel", lequel a été entériné par le Conseil européen de mars 2007 et par le Parlement européen dans sa résolution du 31 janvier 2008 sur ledit plan d'action.

(9) Le Conseil européen de mars 2007 a réaffirmé l'engagement de la Communauté de développer la production d'énergie à partir de sources renouvelables dans l'ensemble de la Communauté après 2010. Il a entériné les objectifs contraignants d'une part de 20 % de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation totale d'énergie de la Communauté d'ici à 2020 et d'une part minimale de 10 % de biocarburants dans la consommation totale d'essence et de gazole destinés au transport, cet objectif devant être réalisé d'ici à 2020 par tous les États membres, et ce à un coût raisonnable. Il a déclaré que le caractère contraignant de ce seuil se justifiait, sous réserve que la production ait un caractère durable, que des biocarburants de deuxième génération soient disponibles sur le marché et que la directive 98/70/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel [7] soit modifiée pour prévoir des niveaux de mélange adéquats. Le Conseil européen de mars 2008 a répété qu'il était essentiel de mettre au point et de respecter des critères de durabilité effective pour les biocarburants ainsi que d'assurer la disponibilité, sur le marché, de biocarburants de deuxième génération. Le Conseil européen de juin 2008 a de nouveau mentionné les critères de durabilité et le développement de biocarburants de deuxième génération, et il a souligné la nécessité d'évaluer les incidences éventuelles de la production de biocarburants sur les produits agricoles destinés à l'alimentation et de prendre des mesures, le cas échéant, pour faire face à d'éventuels problèmes. Il a également indiqué qu'il convenait de poursuivre l'évaluation des incidences environnementales et sociales de la production et de la consommation de biocarburants.

(10) Dans sa résolution du 25 septembre 2007 sur la feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables en Europe [8], le Parlement européen invite la Commission à présenter, avant la fin 2007, une proposition de cadre législatif sur les énergies provenant de sources renouvelables, en rappelant l'importance de fixer des objectifs concernant la part de l'énergie provenant de sources renouvelables au niveau de la Communauté et au niveau des États membres.

(11) Il est nécessaire de définir des règles claires et transparentes pour le calcul de la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et pour préciser lesdites sources. Dans ce contexte, il conviendrait d'inclure l'énergie présente dans les océans et les autres masses d'eau sous forme de vagues, de courants marins, de marées, de gradients thermiques des océans ou de gradients de salinité. »

¹⁵³ Source d'internet <http://fr.wikipedia.org/wiki/Cog%C3%A9n%C3%A9ration>

couramment utilisée pour faire fonctionner des centrales de cogénération. Les sources d'énergie renouvelable et les déchets peuvent être également utilisés.

Contrairement aux centrales électriques classiques où les fumées sont directement évacuées par la cheminée, les gaz d'échappement de la cogénération sont d'abord refroidis avant leur évacuation par la cheminée, cédant leur énergie à un circuit eau chaude/vapeur.

Selon l'article 9 de la directive les deux modalités d'accès à la production sont applicables en plein droit. Aux termes du paragraphe 1 :

« Les Etats membres ou les organismes compétents désignés par les Etats membres évaluent le cadre législatif et réglementaire existant en ce qui concerne les procédures d'autorisation ou les autres procédures prévues à l'article 6 de la directive 2003/54/CE et qui sont applicables aux unités de cogénération à haut rendement. »

Cette évaluation est effectuée en vue: a) d'encourager la conception d'unités de cogénération répondant à des demandes économiquement justifiables de chaleur utile et d'éviter la production de chaleur excédentaire par rapport à la chaleur utile; b) de réduire les entraves réglementaires et non réglementaires au développement de la cogénération; c) de rationaliser et d'accélérer les procédures au niveau administratif approprié, et d) de veiller à ce que les règles soient objectives, transparentes et non discriminatoires, et de tenir compte des particularités des diverses technologies de cogénération. »

On peut conclure que comme dans le cas de la Directive 2009/28/CE et à la différence de la directive 2001/77/CE, la directive « cogénération » prescrit des objectifs beaucoup plus concrets par rapport aux obligations d'Etat¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Article 9, paragraphe 2 de la directive 2004/8/CE

§ 2 L'évolution des activités d'amont comme des marchés pertinents

La notion d'« évolution », indépendamment des interprétations différentes, implique l'idée d'un mouvement, d'un dynamisme perpétuel et infini, liés à la transformation d'un objet ou d'une situation, au passage d'un état à un autre sous l'influence de certains facteurs.

Dans le secteur énergétique, l'évolution des marchés est provoquée par plusieurs facteurs. Il suffit de mentionner le processus de libéralisation et d'ouverture progressive à la concurrence, les nouvelles conditions économiques, les crises dans les différents sous-secteurs pour pouvoir prendre en compte la pression existant sur les marchés à évoluer rapidement vers un marché intérieur.

Notre but n'est pas d'étudier l'impact de tous ces facteurs sur le processus de création dudit marché, mais d'étudier plutôt leur influence, au sein de processus des concentrations économiques, sur cette évolution.

Selon Robert Lecourt¹⁵⁵ et André Marchal¹⁵⁶ les opérations visées peuvent être considérées comme une base indispensable pour l'élargissement, l'intégration, l'homogénéisation et la spécification de marché¹⁵⁷. Même si on accepte, sans aucune réserve, les conclusions de ces auteurs honorables, il reste à résoudre un grave problème - comment prouver ces conclusions dans la situation actuelle ?

On ne dispose d'aucun indice d'observation directe, mais on peut utiliser certains indices indirects qui ont une corrélation avec la problématique concernée. Il s'agit de la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence, nationale ou européenne, et de comportement des entreprises énergétiques sur le marché.

Au sein de la pratique décisionnelle, on va se concentrer sur l'évolution de la délimitation des marchés pertinents.

¹⁵⁵ R.LECOURT, « Concentrations et fusions, facteurs d'intégration », *Revue du Marché commun*, 1968, pp.6 – 24

¹⁵⁶ A. MARCHAL, « Nécessité économique des concentrations et fusions », *Revue du Marché commun*, 1968, pp 25 – 50

¹⁵⁷ Ibid. p.45

Le développement de cette pratique, et plus particulièrement celle de la Commission, peut être présenté comme l'histoire naturelle de l'évolution des marchés en conséquence des fusions/acquisitions et des autres opérations concentratives¹⁵⁸.

En fondant ses réflexions sur lesdites sources, on peut décrire le processus sous deux aspects- sous l'aspect du marché de produits et sous l'aspect géographique.

§§ 1 Les marchés de produits pertinents

Dans sa Communication du 9 décembre 1997¹⁵⁹ la Commission définit le marché de produits comme un marché qui « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »¹⁶⁰. Selon ce texte la définition de la « dimension matérielle du marché »¹⁶¹ passe obligatoirement par la démonstration de la substituabilité ou de l'interchangeabilité entre les produits appartenant au même marché.¹⁶²

De façon stricte, les deux notions utilisées par la Commission ne semblent pas recouvrir tout à fait les mêmes concepts. On peut considérer que l'analyse de l'interchangeabilité des produits ou services se rapporte aux caractéristiques physiques ou techniques des produits ou services considérés¹⁶³. Selon la jurisprudence communautaire l'interchangeabilité a également trait à l'usage de ces produits¹⁶⁴. Alors que l'élasticité croisée de la demande, qui constitue la source

¹⁵⁸ Ch.LEMAIRE, , « *Energie et concurrence : Recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz* », II Tomes, Marseille, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003, p. 623 et suivants.

¹⁵⁹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Journal officiel* n° C 372 du 09/12/1997, p.0005-0013

¹⁶⁰ Ibid. spec. 7

¹⁶¹ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, in Commentaire J.Megret, 3^e édition, Edition de L'Université de Bruxelles, 2009, p. 367

¹⁶² Ibid. p.377

¹⁶³ J.M.BERMOND DE VAULX, « Contribution à l'étude de la méthodologie comparée du marché de produit en cause (relevant product market) entre le droit américain et le droit européen », *JCP*, Ed. E. 1986, n°14765, p.537

¹⁶⁴ Dans l'arrêt *Hoffmann – La Roche c/Commission*, la CJCE parle de « degré suffisante d'interchangeabilité en vue du même usage », CJCE, 3 mai 1978, aff. n° 85/76, *Hoffmann – La Roche c/Commission* Rec.1978 p.461

originelle de la notion de substituabilité¹⁶⁵, se rapporte plus spécifiquement à la variation des prix et des quantités. Dans le but de clarifier le concept, la Commission a introduit dans la Communication précitée une distinction entre la substituabilité de la demande et de l'offre¹⁶⁶.

Selon cette distinction la substituabilité de la demande est fondée sur une allusion aux substituts parfaits ou quasi-parfaits disponibles très rapidement aux consommateurs vers lesquels ils peuvent se tourner en cas d'augmentation des prix « légère (5-10%), mais permanente »¹⁶⁷.

La substituabilité de l'offre correspond à son tour à la capacité des producteurs autres que les producteurs traditionnels à produire un substitut au produit concerné en cas d'augmentation des prix.

De ce point de vue il convient de préciser que l'énergie ne constitue pas un marché de produit unique. Dès le début la Commission a eu l'occasion d'expliquer dans ses décisions¹⁶⁸ que l'électricité et le gaz naturel constituaient deux marchés distincts.¹⁶⁹

D'un côté, du point de vue de la demande, l'électricité se caractérise par son universalité¹⁷⁰. Il est possible de faire une distinction entre les usages exclusifs¹⁷¹ et les usages pour lesquels il existe, d'un point de vue technique, une substituabilité potentielle avec d'autres sources d'énergies utilisées par les ménages ou par les opérateurs industriels. Mais cette substituabilité ne porte que des usages non

¹⁶⁵ Le concept de substituabilité repose à l'origine sur le concept économique de l'élasticité croisée de la demande. (M. PARKIN, C.D. FLUET, R. BADE, *Introduction à la microéconomie moderne*, Paris, Ed. du Renouveau Pédagogique, 1992p.84)

¹⁶⁶ Commission européenne, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Journal officiel n° C 372 du 09/12/1997* Spec. 15-23

¹⁶⁷ F. BOISSELEAU, "La question du marché pertinent dans le secteur électrique", *Economies et sociétés*, Série "Economie de l'énergie", EN, numéro 9, 2-3/2003, p.326

¹⁶⁸ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II) ; Décision de la Com. du 08.06.1995, aff. n° IV/M.568 EDF/EDISON-ISE, Décision de la Com. du 02.06.1998, aff. n° IV/M.931 NESTE/ IVO, Décision de la Com. du 21.09.2005, aff. n° COMP/ M.3440 ENI/EDP/GDP, Décision du 25.04.2006, aff. n° COMP/M. 4110 E.ON/ENDESA

¹⁶⁹ Bien sur cela ne veut dire que les deux produits ne peuvent jamais figurer sur un même marché comme témoignent les développements récents

¹⁷⁰ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II), spec. points 21 et suivant.

¹⁷¹ Essentiellement l'éclairage et l'utilisation de l'électricité pour obtenir des réactions chimiques

exclusifs¹⁷² et pour cette raison elle reste très imparfaite et ne s'exerce que sur une longue période car elle implique des choix d'équipements différents selon la source d'énergie choisie.

Quant au gaz naturel pour chacun de ces usages, domestiques ou industriels, il existe des substituts imparfaits au gaz naturel. Pour les usages domestiques, il s'agit essentiellement de l'électricité et du fuel. Pour les usages industriels, il s'agit essentiellement du fuel et du gasoil. Cependant, tout comme dans le cas de l'électricité, cette substituabilité est partielle et imparfaite.

Du point de vue de l'offre, chaque source d'énergie présente des contraintes de production, de stockage et de transport tout à fait particuliers qui la distinguent des autres sources d'énergie et requièrent des investissements spécifiques importants. En outre, l'électricité présente la caractéristique d'être produite à partir d'autres sources d'énergie.

En s'appuyant sur cette constatation, il est évident que pour pouvoir bien encadrer le marché de produits et montrer son évolution, l'analyse qui suit devra tenir compte de cette distinction entre le gaz et l'électricité.

a. Les marchés de produits pertinents dans le secteur d'électricité

Dès le début, la Commission reconnaît la production comme un marché de produits distincts¹⁷³. Mais on peut constater aussi qu'elle ne la définit pas clairement. Par exemple dans quelques décisions antérieures, la Commission ne fait pas de distinction entre la production et la fourniture¹⁷⁴. Il a fallu attendre 1999, pour que la Commission établisse une distinction claire entre les activités et définisse la production d'électricité, au sens propre, comme un marché distinct¹⁷⁵. Dans cette perspective on doit faire une distinction nette entre la fourniture de

¹⁷² Traction et production de chaleur notamment

¹⁷³ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II)

¹⁷⁴ Décision de la Com. du 02.06.1998, aff. n° IV/M.931 NESTE/ IVO

¹⁷⁵ Décision de la Com. du 27.01.1999, aff. n° IV/M. 1346 EDF/LONDON ELECTRICITY – point 12

détail¹⁷⁶ et la fourniture en gros¹⁷⁷, qui selon la pratique constante de la Commission fait partie du marché pertinent de la production¹⁷⁸.

Une fois cette distinction opérée, demeure la question de l'homogénéité de ce marché. Est-ce qu'il n'existe pas des marchés plus étroits au sein de ce marché de la production ? La Commission a l'opportunité d'examiner la question très tôt dans sa décision EDF/ Gottam Power¹⁷⁹. En particulier, elle s'intéresse à la question de savoir si en Grande – Bretagne la production ne regroupe pas un deuxième pôle de producteurs différents de ceux qui sont obligés de fournir l'énergie de base et fixent le prix de l'électricité sur le Pool anglais – notamment les producteurs qui fixent les prix sur la base des négociations bilatérales¹⁸⁰. Il convient de remarquer que cette segmentation résultait de l'organisation du marché de l'électricité dans cet Etat.

Mais même si la Commission est limitée par cette spécificité, au moins elle condamne le principe afin de tenir compte notamment des différents modes de production¹⁸¹ qui se développent pour intégrer les exigences environnementales ou comme une conséquence de la libéralisation des régimes spéciaux¹⁸². Enfin on doit noter que dans une décision de 2009¹⁸³, la Commission a argumenté, mais sans l'accepter définitivement, encore une segmentation possible fondée sur l'intensité de la consommation (peak hours and off-peak hours)¹⁸⁴.

b. Les marchés de produits pertinents dans le secteur des hydrocarbures

¹⁷⁶ Selon la définition de la Commission la fourniture d'électricité en détail représente la fourniture aux utilisateurs finals en fonction des catégories de clients.

¹⁷⁷ Selon la définition de la Commission la fourniture d'électricité en gros représente l'importation physique d'électricité via les interconnecteurs (voir Décision de la Com. du 21.12.2005, aff. n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*)

¹⁷⁸ Décision de la Com du 15.09.2009, aff. n° COMP/M.5604, *DONG/KOM-STROM*, Décision de la Com du 16.10.2009, aff. n° COMP/M.5512 *ELECTRABEL/E.ON*, Décision de la Com du 23.06.2009, aff. n° COMP/M.5467, *RWE/ESSENT*, Décision de la Com du 22.12.2008, aff. n° COMP/M.5224, *EDF/BRITISH ENERGY*, Décision de la Com. du 21.12.2005, aff. n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*,

¹⁷⁹ Décision de la Com. du 29.11.2000, aff. n° COMP/M.2209 EDF Group /COTTAM POWER STATION

¹⁸⁰ *Ibid.* point 13 et s.

¹⁸¹ Décision de la Com du 22.12.2008, aff. n° COMP/M.5224, *EDF/BRITISH ENERGY*, Décision de la Com. du 26.03.2007, aff. n° COMP/M.4517, *IBERDROLA/SCOTTISH POWER*,

¹⁸² Décision de la Com du 05.07.2007, aff. n° COMP/M.4685 *ENEL/ACCIONA/ENDESA*

¹⁸³ Décision de la Com du 23.06.2009, aff. n° COMP/M.5467 *RWE/ESSENT*

¹⁸⁴ *Ibid.* considérant 25

Comme on l'a déjà remarqué à propos de la production, l'économie du gaz naturel se rapproche de celle du pétrole. De ce point de vue la question qui se pose est celle de savoir s'il faut considérer que le gaz et le pétrole se situent sur des marchés distincts ou non. La solution diffère selon l'activité concernée. S'agissant des activités d'amont, on peut différencier trois types d'activités économiques¹⁸⁵ - prospection¹⁸⁶, développement¹⁸⁷ et exploitation (incluant production et vente) des réserves.

Il était légitime de se demander si la prospection, le développement et la production pouvaient constituer ou non des marchés distincts. Ces activités sont souvent considérées comme étant trop étroitement liées pour que l'on puisse définir plusieurs marchés de produits distincts. Mais contrairement aux positions des parties, dans les décisions Exxon/Mobil¹⁸⁸ et BP Amoco/Arco¹⁸⁹, la Commission considère que de nombreux arguments plaident en faveur de l'existence d'un marché distinct de prospection. Selon elle, on pourrait faire valoir qu'une entreprise active dans le secteur de la prospection compte au moins deux catégories de clients : le pays d'accueil vis-à-vis duquel elle s'est engagée à fournir de nouvelles ressources au cas où du pétrole ou du gaz serait découvert, et les producteurs et vendeurs de pétrole et de gaz qui achèteraient les produits ou participeraient au développement et à la production.

En même temps, il n'y a pas lieu de distinguer entre la prospection pétrolière et la prospection gazière¹⁹⁰. L'argument qui est donné par la Commission est que les ressources potentielles du sous-sol ne sont pas connues au moment de la prospection. Au contraire, quand il s'agit des autres activités, elle considère qu'il existe deux marchés distincts, l'un pour le pétrole brut et l'autre pour le gaz naturel¹⁹¹.

¹⁸⁵ Décision de la Com du 06.03.2002, aff. n° COMP/M.2681 *Conoco Inc/Phillips Petroleum Company*

¹⁸⁶ La prospection consiste en la recherche de nouvelles réserves.

¹⁸⁷ Le développement concerne la mise en place des infrastructures nécessaires à la production future.

¹⁸⁸ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/ M.1383 *Exxon/Mobil*

¹⁸⁹ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/M.1532 *BP Amoco/ Arco*

¹⁹⁰ Décision de la Com du 21.08.2009, aff. n° COMP/M.5585 *CENTRICA/VENTURE PRODUCTION*, considérant 8

¹⁹¹ Décision de la Com du 5.07.1999, aff. n° IV/M.1573, *Norsk Hydro/Saga*

La Commission a encore considéré que le gaz naturel liquéfié constituait un marché distinct¹⁹², de même que les services de regazéification¹⁹³.

Reprenant le cours de la filière gazière, la Commission distingue ensuite le marché du transport par gazoducs du marché de traitement du gaz naturel¹⁹⁴. Elle a par contre refusé la distinction suggérée par certaines entreprises entre le gaz à haute valeur calorifique et le gaz à faible valeur, considérant que ces deux gaz étaient substituables du point de vue de la demande, même si une telle substitution pouvait avoir un certain coût¹⁹⁵.

§§ 2 La dimension géographique des marchés pertinents

Le marché géographique est défini par la Commission comme étant

*« le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »*¹⁹⁶.

Selon cette définition le marché géographique en cause est délimité par une détermination d'un groupe d'éléments permettant d'apprécier l'accessibilité des entreprises énergétiques au marché¹⁹⁷.

A la lumière des décisions rendues par la Commission, on pourrait observer que la définition des limites géographiques des marchés concernés est aussi en pleine évolution. Mais pour pouvoir bien apprécier l'influence réelle des concentrations on doit faire une distinction entre les marchés des hydrocarbures et

¹⁹² Ibid. point 11

¹⁹³ Décision de la Com du 11.08.1998, aff. n° IV/M.1190, *Amoco/Repsol/Iberdrola/Ente Vasco de la Energía*

¹⁹⁴ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/M.1532 BP Amoco/ Arco

¹⁹⁵ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/ M.1383 Exxon/Mobil point 112 et s.

¹⁹⁶ Commission européenne, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Journal officiel n° C 372 du 09/12/1997.*, spec n° 8

¹⁹⁷ F.BOISSELEAU, « La question du marché pertinent dans le secteur électrique », op.cit. p. 327

les marchés de l'électricité. Cette distinction, comme il a été montré dans le paragraphe précédent, est importante de point de vue des bases de données qui sont différentes.

Pour ce premier groupe, on peut constater que les marchés géographiques pertinents ont une dimension qui est au moins communautaire.

Pour le marché de la prospection, la Commission considère qu'il a une dimension mondiale¹⁹⁸ et partage l'avis de la plupart des producteurs selon lesquels, du point de vue de la demande européenne, les marchés géographiques en cause sont mondiaux pour le développement, la production et la vente de pétrole brut¹⁹⁹, et comprennent vraisemblablement l'EEE, l'Algérie et la Russie pour le gaz²⁰⁰. Pour ce dernier marché la Commission n'exclut pas définitivement la probabilité d'existence de marchés plus petits et plus étroits. Cette probabilité a été envisagée pour deux cas qui restent spécifiques au gaz naturel.

Premièrement cette possibilité a été envisagée dans la décision Elf/Occidental²⁰¹ et plus tard réaffirmée dans la décision ENI/Fortum Gas²⁰², pour des raisons tenant aux réseaux des gazoducs²⁰³.

Quant au marché du gaz naturel liquéfié, la Commission a considéré que les coûts de transport limités et le haut niveau de corrélation entre les prix, ce qui permet de conclure qu'au moins la dimension correspond à l'EEE²⁰⁴.

¹⁹⁸ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/ M.1383 Exxon/Mobil.

¹⁹⁹ Décisions de la Com. du : 13.06.1991, n°IV/M.085 *ELF/Occidental* ; Décisions de la Com. du 24.07.1991, n° IV/ M.088 *ELF/ ENTREPRISE* ; Décisions de la Com. du 12.02.1996, n° IV/M.672 *BP/ Sonatrach*

²⁰⁰ La Commission a examiné si des zones géographiques plus petites pouvaient constituer des marchés en cause. Pour des raisons de sécurité de l'approvisionnement, certains acheteurs de gaz établissent une distinction, dans leur politique d'achat, en fonction de l'origine du gaz, en tenant compte des risques politiques et de leur incidence sur la sécurité d'approvisionnement en ce qui concerne le gaz russe et algérien (environ 17 % du gaz acheté par l'Europe occidentale provient de Russie et 12 % d'Algérie). La loi espagnole qui limite à 60 % les importations de gaz naturel en provenance d'un même pays en est le meilleur exemple. Il n'est toutefois pas exclu qu'en cas d'augmentation du prix du gaz produit dans l'EEE, la part de gaz achetée à la Russie et à l'Algérie augmenterait légèrement

²⁰¹ Décision de la Com. du 13.06.1991, aff. n° IV/ M.085 *ELF/OCCIDENTAL*

²⁰² Décision de la Com. du 23 janvier 2003, cas n° COMP/M.3052 *ENI/Fortum Gas*

²⁰³ Voir aussi Cas n°IV/M.1532 op.cit.

²⁰⁴ Décision de la Com du 5.07.1999, cas n°IV/M.1573 *Norsk Hydro/Saga*

Quant à l'électricité, il ressort de la pratique décisionnelle permanente de la Commission que le marché de la production a une dimension nationale. Telle a été la position de la Commission au sujet de la France²⁰⁵, l'Italie²⁰⁶, la Finlande²⁰⁷, la Belgique²⁰⁸, la Suède²⁰⁹, le Portugal²¹⁰, l'Espagne²¹¹ et l'Allemagne²¹².

SECTION 2

Les marchés pertinents dans les activités d'aval de la filière énergétique

En parlant des activités périphériques des réseaux on peut situer à côté des activités d'amont les activités d'aval, c'est-à-dire les activités qui sont tournées vers les clients et qui s'organisent autour de l'achat et de la vente d'énergie²¹³. La directive ne définit pas d'une façon unitaire le segment des activités d'aval, ce qui provoque une certaine incertitude quant à sa délimitation. Or, il s'impose d'encadrer les activités d'aval comme des activités distinctes dans la structure organisationnelle du marché intérieur de l'énergie, pour pouvoir étudier ensuite le degré d'ouverture du marché et la nouvelle structure de ce segment de la filière énergétique.

§ 1. L'encadrement des activités d'aval

Le processus de reconnaissance et d'encadrement des activités d'aval a connu un fort développement. Cette évolution est provoquée par plusieurs facteurs. Il suffit d'évoquer le processus de libéralisation et d'ouverture progressive à la concurrence, les nouvelles conditions économiques, les crises dans les différents sous-secteurs pour pouvoir prendre en compte la pression exercée sur les autorités afin de définir d'une manière précise chaque activité d'aval comme un fondement

²⁰⁵ Décision de la Com du 7.02. 2001, n° COMP/M.1853 *EDF/EnBW*

²⁰⁶ Décision de la Com du 28.08.2001, n° COMP/M.2532 *FIAT/Italenergia/Montedison*

²⁰⁷ Décision de la Com du 2.06.1998, n° IV/M.931, *Neste/Ivo*

²⁰⁸ Décision de la Com du 7.02.2000, n° COMP/M.1803 *Electrabel/Epon*

²⁰⁹ Décision de la Com du 5.08.1998, n° IV/M.1231 *Ivo/Stockholm Energie*

²¹⁰ Décision de la Com du 5.03.2001, n° COMP/M.2340 *EDP/Cajastur/Hidroelectrica del Cantabrio*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Décision de la Com du 13.06.2000, n° COMP/M.1673 *VEBA/VIAG*

²¹³ R.H.BOROUHAND., «Le modèle d'activité du fournisseur pur d'électricité est-il viable ? », *Working paper*, n°16, GIS LARSEN, 2008, disponible sur http://www.gis-larsen.org/Pdf/LARSEN_WP_16.pdf

nécessaire dans l'encadrement des marchés de produits²¹⁴, qui à leur tour devraient évoluer rapidement vers un marché intérieur.

En parlant de la définition des activités d'aval sur le plan communautaire, on doit constater que la problématique visée a eu une forte évolution dès les premières directives relatives au marché intérieur de l'énergie.

Quelques précisions s'imposent sur ce point. En effet la directive relative à l'électricité ainsi que celle relative au gaz naturel font la distinction entre les clients grossistes, dont la fonction se concentre d'une part sur l'achat et la vente et d'autre part sur la fourniture. En même temps on peut observer un progrès significatif dans cette délimitation et l'encadrement.

Ainsi dans les premières directives concernant la libéralisation du marché d'énergie, les clients grossistes sont définis d'une manière identiques. Selon les rédactions il s'agit de

« toute personne physique ou morale, si son existence est reconnue par les États membres, qui achète ou vend de l'électricité et qui n'assure pas de fonctions de transport, de production ou de distribution à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elle est installée »²¹⁵.

Tandis que l'activité de fourniture doit être entendue comme étant la livraison et/ou la vente d'électricité ou de gaz naturel²¹⁶. On peut déduire de ces textes que d'une manière identique les deux directives laissent les Etats membres libres dans leur choix d'autoriser l'existence de clients grossistes. Au contraire, il semble que la Directive 96/92/CE relative à l'électricité a laissé cette même liberté aux Etats pour l'activité de fourniture, exercée seule. Cette possibilité n'apparaît pas plus tard dans la directive relative au gaz naturel, au terme de laquelle cette activité devait être autorisée. Ladite distinction résulte de la rédaction des articles portant sur l'accès au réseau. En effet si on se tourne vers ces rédactions on pourrait voir que la directive relative à l'électricité a prévu un droit d'accès pour

²¹⁴ L.BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, LITEC, 2001

²¹⁵ Article 2, point 8 de la Directive 96/92/CE, voir l'article 2, point 22 de la directive 98/30/CE

les producteurs et les clients éligibles, et, si leur existence est autorisée, vers les entreprises de fourniture. Alors que la directive au gaz naturel octroie ce droit aux clients éligibles et aux entreprises de gaz naturel, étant entendu que l'entité qui n'a que pour fonction la fourniture de gaz entre dans la définition des entreprises de gaz naturel. La distinction entre ces deux fonctions n'a pas été toujours facile à opérer. On peut pourtant observer une évolution ultérieure vers une précision des notions. Dans les directives de 2003 et 2009, la définition de la fourniture a été conservée alors que celle des clients grossistes a été précisée. Ainsi l'article 2, point 8 de la directive 2009/72/CE indique que ce sont

« les personnes physiques ou morales qui achètent de l'électricité pour la revendre à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elles sont installées ».

Quant à la directive 2009/73/CE, elle indique dans son article 2 point 29, que les clients grossistes sont

« les personnes physiques ou morales, autres que les gestionnaires de réseau de transport et de distribution, qui achètent du gaz naturel pour le revendre à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elles sont installées ».

Enfin, il est nécessaire de noter que cette évolution est fortement influencée, comme on verra dans le paragraphe suivant, par la pratique décisionnelle de la Commission concernant la reconnaissance des activités d'aval comme des marchés de produits distincts.

Dans ce sens les révisions successives des directives de libéralisation et la pratiques décisionnelle de la Commission ont conduit à une modification structurelle de l'organisation de l'aval des secteurs. Ces changements sont orientés principalement vers le fait de déterminer dans quelle mesure les nouveaux entrants vont pouvoir concurrencer les opérateurs historiques.

²¹⁶ Article 2, point 16 de la Directive 96/92/CE et l'article 2, point 7 de la directive 98/30/CE

§ 2 L'évolution des activités d'aval comme des marchés pertinents

A l'aval, comme on l'a déjà évoqué, l'activité visée est la fourniture d'énergie. La reconnaissance de cette activité comme un marché de produits distincts vient à la suite d'une plus grande évolution dans les décisions de la Commission.

§§ 1 Les marchés de produits pertinents

Comme on l'a vu dans les paragraphes précédents, l'activité de fourniture a été appréhendée à ses débuts non comme un marché distinct, mais comme une activité qui est incluse dans les marchés de production ou de distribution²¹⁷. Cette situation a connu une évolution majeure du fait du processus d'ouverture à la concurrence. Le cas britannique en fournit une bonne illustration. Exactement dans ce cadre, la Commission a été conduite à isoler la fourniture des autres activités du secteur²¹⁸. Le fait le plus notable c'est que les autorités de Bruxelles ont mis en lumière au moins deux marchés de fourniture distincts.

L'ouverture progressive des marchés devait les conduire à distinguer un marché de fourniture aux clients éligibles et un marché de fourniture aux clients captifs. Dans ladite décision, la Commission a noté que les conditions de la concurrence entre les deux sont différentes et le plus souvent elles sont soumises à des réglementations spécifiques. Cette distinction a disparu le jour où l'ensemble des consommateurs devenaient libres de choisir leur fournisseur²¹⁹. Cependant, c'est d'une liberté réelle et effective qu'il devra s'agir et non pas d'une liberté théorique.

²¹⁷ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II), point 27 ;
 Décision de la Com. du 02.06.1998, aff. n° IV/M.931 NESTE/ IVO. 19 et s.

²¹⁸ Décision de la Com. du 27.01.1999, aff. n° IV/M. 1346 EDF/LONDON ELECTRICITY. Point 13 et s.

²¹⁹ Décision de la Com du 15.09.2009, aff. n° COMP/M.5604, *DONG/KOM-STROM* et Décision de la Com. du 22.06.2009, aff. n° COMP/M.5496 *Vattenfall/Nuon*, considérant 14

Conformément à la pratique de la Commission en la matière, les parties distinguent trois catégories d'utilisateurs finals - moyens et gros clients industriels et commerciaux, petits clients industriels et commerciaux et clients résidentiels²²⁰.

Toutefois l'évolution de cette distinction dans les décisions de la Commission pourrait servir comme repère pour l'appréciation du niveau de construction du marché intérieur de l'énergie.

Dans le secteur du gaz naturel, l'activité de fourniture continue parfois de se confondre dans un ensemble plus large avec les activités liées aux réseaux, qu'il s'agisse du transport ou de la distribution. Dans une série de décisions²²¹ la Commission a défini un marché de la distribution gazière, soit au niveau local, correspondant à la distribution aux particuliers, soit plus largement, comme la rencontre entre les compagnies importatrice et les principaux fournisseurs du côté de l'offre et les entreprises locales et régionales de distribution du côté de la demande. Dans sa pratique en conséquence, et plus concrètement celle concernant le marché allemand, la Commission a caractérisé différents marchés de fourniture de gaz. D'un côté, le marché de la vente locale, c'est-à-dire celui de l'alimentation des clients finals, et de l'autre un marché de la vente en gros²²².

Ce dernier se subdivisant lui-même en deux marchés distincts, le marché de « transport suprarégional grande distance » et le marché de « transport régional grande distance »²²³.

En effet, la Commission demeure dans l'incertitude avec sa définition de marché de la fourniture. Par exemple, pour le marché anglais, la Commission a considéré qu'il n'est pas exclu que le marché de la fourniture de gaz puisse se subdiviser en plusieurs sous-marchés en fonction de la taille des consommateurs²²⁴. De même, dans ses récentes décisions GDF/Centrica/SPE²²⁵ et Gaz de

²²⁰ Décision de la Com. du 15.12.2009, aff. n° COMP/M.5711, *RWE/ENSY*, Décision de la Com du 23.06.2009, aff. n° COMP/M.5467, *RWE/ESSENT* considérant 22

²²¹ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II) ; Décision de la Com. du 5.05.1994, aff. n° IV/M.417 *Viag/Bayernwerk*

²²² Décision de la Com du 29.09.1999, aff. n° IV/ M.1383 Exxon/Mobil et Décision de la Com du 13 juin 2000, aff. n° COMP/M.1673 VEBA / VIAG

²²³ Décision de la Com du 6.06.2002, aff. n° COMP/M.2791 *Gaz de France/Ruhrgas /Slovensky*

²²⁴ Décision de la Com du 18.12.2002, aff. n° COMP/M.3007, *E.ON/TXU*

²²⁵ Décision de la Com du 7.09.2005 COMP/ M.3883 *GDF/Centrica/SPE*

France/SUEZ²²⁶, la Commission a évoqué une telle segmentation²²⁷ des marchés belges de la fourniture de gaz tout en laissant ouverte la définition précise des marchés.

Au-delà de l'évolution des marchés traditionnels, le processus de concentrations dans le secteur énergétique a permis l'apparition et l'identification de nouveaux marchés.

On doit noter que hors des activités d'aval traditionnelles qu'on a déjà éclairées, il existe certaines autres qui ont été traditionnellement menées par les gestionnaires des réseaux et qui dans le processus des concentrations commencent d'être s'encadrées comme des activités autonomes. Cette séparation permet à la Commission Européenne de considérer ces activités comme de nouveaux marchés de produits dans le marché de l'énergie.

a. Le négoce

Le processus de libéralisation mène à une certaine banalisation des ressources énergétiques, et plus précisément de l'électricité et du gaz naturel, qui deviennent des biens comme les autres. Cette banalisation associée à la diminution significative des barrières à l'entrée sur les marchés de l'énergie permet à la Commission d'intervenir dans l'opération de concentration entre EDF et Louis Dreyfus et de définir un nouveau marché pertinent – le négoce²²⁸.

On doit noter que l'activité de négoce avait déjà été évoquée par la Commission dans la décision Tractebel/Distrigaz II, sans toutefois faire l'objet

²²⁶ Décision de la Com du 14.11. 2006 COMP/M.4180 *Gaz de France/SUEZ*

²²⁷ Selon l'enquête de marché, la fourniture de gaz aux clients éligibles devrait être encore segmentée dans différents marchés de produits selon les catégories de clients en raison des différences concernant les volumes et profils de consommation, les conditions d'approvisionnement et les besoins de flexibilité.

Sur la base de cette enquête de marché, on peut considérer que les marchés de fourniture de gaz sont les suivants :

- (i) fourniture de gaz aux revendeurs intermédiaires (dont les compagnies locales de distribution);
- (ii) fourniture de gaz aux centrales électriques fonctionnant sur la base de gaz ;
- (iii) fourniture de gaz aux gros clients industriels ;
- (iv) fourniture de gaz aux petits clients industriels et commerciaux ;
- (v) fourniture de gaz aux clients résidentiels.

Dans ce sens voir la décision de la Com du 11.07.2006, aff. n° COMP/M.4238 *E.ON/Prazska plynarenska*

²²⁸ L'achat et la revente de l'énergie qui n'est pas destinée au consommateur final.

d'une définition précise. C'est justement dans la décision EDF/Louis Dreyfus qu'elle a considéré pour la première fois que le négoce de produits liés à l'énergie constituait un marché spécifique.

Premièrement, le négoce doit être distingué de la fourniture dans la mesure où il correspond à un savoir-faire distinct, et où, à l'inverse de la fourniture, il peut porter sur des contrats à court terme, il peut ne pas donner lieu à une livraison physique, et il ne s'adresse donc pas forcément aux utilisateurs finaux des produits concernés. Les entreprises présentes dans le négoce ne sont d'ailleurs pas toujours présentes dans la fourniture, et vice versa.

Ensuite, on doit poser la question de savoir si le négoce de l'ensemble des produits liés à l'énergie pourrait relever d'un marché de produits unique. Toutefois, certaines des entreprises tierces qui ont répondu à l'enquête menée par la Commission indiquent que le négoce de chaque produit lié à l'énergie correspond à un marché différent, parce que le négoce d'un produit suppose une bonne connaissance des éléments spécifiques affectant l'offre et la demande de ce produit, et donc une compétence spécifique au négoce de ce produit. En outre, il semble que le portefeuille des négociants ne comprenne pas forcément l'ensemble des produits liés à l'énergie mais seulement certains d'entre eux, et que, malgré l'existence de certaines bourses en électricité (comme Nordpool ou la bourse d'Amsterdam), le négoce d'électricité soit encore à un stade relativement émergent.

Toutefois, la question de la définition précise des marchés de produits en cause pour le négoce demeure ouverte.

En second lieu on doit se poser la question de savoir si le marché de négoce peut être pris comme un marché homogène ou bien au contraire, s'il existe d'autres marchés plus petits. Pour certains opérateurs le négoce physique et le négoce financier constitueraient des marchés distincts dans la mesure où les mécanismes d'échanges, les objectifs poursuivis, les actifs et les compétences nécessaires sont différents²²⁹. Pour d'autres, ces deux activités ne peuvent constituer des marchés distincts car ils sont intrinsèquement liés²³⁰. Dans sa pratique, la Commission

²²⁹ Décision de la Com du 30.11. 1999, aff. n° COMP/JV.28, *Sydskraft/HEW/Hanza Energy Trading*

²³⁰ Décision de la Com du 12.04. 2002, aff. n° COMP/M.2801, *RWE/Innogy*

supporte plutôt la deuxième opinion. Même si elle reconnaît que ces activités sont différentes, elle n'a pas encore décidé qu'ils constituaient deux marchés distincts.

En même temps, elle n'hésite pas à définir, dans des cas précis, d'autres marchés plus petits. Dans sa décision GDF/SUEZ²³¹ la Commission définit le négoce de hub²³² comme un marché distinct. Il se distingue des marchés de fourniture par un fonctionnement différent : tandis que la fourniture sert à satisfaire la demande des clients finals ou des revendeurs sur la base de contrats avec une durée fixe et à l'endroit généralement choisi par le client, sur le hub, par contre, il y a une rencontre plus immédiate entre l'offre et la demande des différents négociants (ou « traders ») qui donne lieu à des transactions qui ont normalement le hub comme lieu de livraison. Par ailleurs, le négoce au hub se distingue de la fourniture aux revendeurs notamment par le fait que, en général, tous les traders agissent comme vendeurs et comme acheteurs²³³.

b. Le comptage et le raccordement

Pour la première fois le comptage a été défini comme un marché de produits dans la décision British Gas Trading Ltd/Groupe 4 Utility Services²³⁴, mais on doit attendre encore quelques années pour que la Commission définisse plus précisément ce marché dans sa décision Western Power Distribution/HYDER²³⁵. Selon cette décision, le comptage a une double nature. Il comprend des activités liées une fois à la distribution (l'installation et l'entretien des compteurs d'électricité) et d'autres liées à la fourniture (lecture des données et d'autres services connexes).

A présent, la question se pose de savoir s'il existe un ou plusieurs marchés de ces services de comptage. A nouveau, c'est dans le cadre de l'industrie britannique que la Commission a l'opportunité d'ouvrir une nouvelle piste de

²³¹ Décision de la Com. du 14.11.2006, aff. n° COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*

²³² Un hub de négoce de gaz est un instrument qui met à la disposition des acteurs sur un marché des services visant à faciliter les échanges entre ces acteurs. Schématiquement, un hub facilite le commerce de gaz entre acheteurs et vendeurs et permet aux différents acteurs gaziers sur le marché de trouver à court terme des volumes d'approvisionnement suffisants ou de vendre des capacités excédentaires.

²³³ Décision de la Com du 22.12.2008, aff. n°COMP/M.5224, *EDF/BRITISH ENERGY*

²³⁴ Décision de la Com du 7.10.1996, n° IV/M.791 *British Gas Trading Ltd/Groupe 4 Utility Services*, point 18

²³⁵ Décision de la Com du 14.07.2000, n° COMP/M.1949, *Western Power Distribution/HYDER*,

travail.²³⁶ Bien que la réponse reste incertaine, la Commission a considéré que les caractéristiques de ces services se différencieraient suffisamment pour que dans l'avenir les deux activités puissent constituer des marchés distincts²³⁷.

La seconde activité visée concerne les services de raccordement. Pour la première fois la Commission a admis l'hypothèse de l'existence d'un tel marché, mais sans le définir, dans la décision précitée. L'incertitude de la Commission peut être expliquée par la nature hétérogène du service de raccordement qui pose la question de savoir si l'on peut considérer le raccordement comme un marché unique de services ou si l'on parle d'un groupement des différents types des services, surnommés les services de raccordement²³⁸. Dans ces décisions postérieures, la Commission a clarifié son incertitude a défini le raccordement comme un marché qui implique la fourniture de nouveaux actifs (par exemple les câbles ou les transformateurs) afin de connecter un nouveau client à un réseau d'utilité, la suppression des avoirs de ce réseau, soit de façon permanente ou temporaire (par exemple, lors de la réparation ou remplacement de l'équipement), et la modification des avoirs dans le réseau (par exemple, une augmentation de la capacité de la connexion). Il s'agit également la restauration de fournitures, par exemple le rétablissement d'une rue-lumière après sa réparation ou de remplacement²³⁹. Mais elle n'a pas osé le définir comme un marché distinct, en fondant son argumentation sur le niveau bas de développement du marché à ce stade.

Enfin, on doit noter que les concentrations dans le secteur permettent à la Commission de rendre compte des autres marchés potentiels qui à ce stade restent en genèses. Par exemple, les opérations visées ont en effet encouragé les opérateurs à développer de nouveaux services, comme la gestion d'actifs de réseaux et la fourniture de services opérationnels aux gestionnaires de réseaux²⁴⁰. Ces activités qui dépassent le cadre des seuls réseaux d'électricité et de gaz, pourraient constituer à l'avenir un ou plusieurs marchés de produits distincts. On notera que

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid. point 17

²³⁸ Décision de la Com du 17.09.2001, n° COMP/M.2586 *CE/Yorkshire electric*, point 10

²³⁹ Décision de la Com du 25.07. 2002, n° COMP/M.2890 *EDF/SEEBOARD*

²⁴⁰ Décision de la Com du 3.02.2000, n° COMP/JV.36, *TXU Europe/ EDF-London Investement* , point 22

l'existence d'un droit d'accès des tiers aux réseaux rend plus complexe les relations entre opérateurs. De nouveaux services destinés à conseiller et à accompagner les utilisateurs et les gestionnaires de réseaux, en particulier ceux de transport, dans l'exercice et la gestion de ce droit, font aujourd'hui leur apparition et sont susceptibles de constituer de nouveaux marchés.

c. Le marché de services d'ajustement

Le dernier marché défini est celui du service d'ajustement. Dans des décisions récentes²⁴¹, la Commission a estimé qu'il est judicieux de présumer de l'existence d'un marché de produits distincts pour le courant d'ajustement, car celui-ci ne peut pas être facilement remplacé par d'autres quantités d'électricité offertes sur le marché de gros.²⁴²

Il convient de noter qu'outre les activités d'offre qui peuvent être nécessaires pour remédier à une situation de saturation du réseau, les fournisseurs doivent ajuster l'électricité qu'ils fournissent à la demande réelle (par opposition à la demande escomptée) de leurs clients. Si la demande d'un client est supérieure à ce que le fournisseur a prévu (et dépasse donc la quantité d'énergie qu'il a achetée sur le marché de gros ou qu'il peut produire lui-même), deux options sont envisageables. Premièrement ce fournisseur peut corriger l'écart lui-même ou à la seconde place il doit se procurer le service d'ajustement auprès de quelqu'un d'autre, par exemple le gestionnaire du système de transport, qui à son tour se procure l'énergie requise pour assurer ce service dans le pool ou grâce à d'autres contrats avec des producteurs qui doivent rester en «stand-by» (ou il s'arrange pour que certains consommateurs d'électricité s'abstiennent de consommer).

Ce service répond à une nécessité technique, étant donné que le gestionnaire du système de transport doit veiller à ce que la tension du réseau se maintienne

²⁴¹ Décision de la Com du 30.10.2003 n°COMP/M.3268 *Sydkraft/Graning* ; Décision de la Com du 21.09.2005, n° COMP/M.3440 *EDP/ENI/GDP* ; Décision de la Com du 05.07.2007, n° COMP/M.4685 *ENEL/ACCIONA/ENDESA*

²⁴² Le service de gros qui est le plus proche des services d'ajustement est ce qu'on appelle le commerce «intra quotidien», qui permet aux entreprises sous-apprivoisées ou sur-apprivoisées de vendre leurs excédents ou d'acheter les quantités supplémentaires dont elles ont besoin. Cependant, s'il n'y a pas de commerce intra quotidien continu, avec une livraison immédiate, ce système est en soi insuffisant pour équilibrer l'offre et la demande à tout moment. Une autre solution consiste à faire appel aux clients interruptibles sans avertissement et aux clients qui sont prêts à tout moment à augmenter leur demande.

dans une fourchette très étroite. En cas de surconsommation, la tension du réseau baisserait, ce qui pourrait provoquer par endroits des problèmes de stabilité du réseau. Un problème se pose également en cas de sous-consommation, car la tension du réseau augmente alors au-dessus d'un seuil de tolérance acceptable et le gestionnaire du système de transport doit veiller à ce qu'une partie de la capacité de production soit arrêtée ou qu'un certain niveau de consommation soit ajouté.

Enfin ce service doit être payant et il faudra généralement payer une «amende» si la demande d'un client est supérieure (ou inférieure) au niveau prévu qui correspond à la quantité que chaque fournisseur achète sur le marché de gros ou prévoit de produire lui-même et qu'il doit communiquer à l'avance au gestionnaire du système de transport.

§§ 2 Les marchés géographiques

Quand il s'agit de la dimension géographique des activités d'aval on doit noter qu'au début la Commission considère la fourniture comme un marché de dimension régionale. La Commission a limité son appréciation dans les marchés des Pays-Bas et de la Grande-Bretagne. Pour les Pays – Bas, elle a clairement indiqué que le marché de la fourniture est historiquement déterminé comme régional, mais que cette situation peut bien évoluer avec la libéralisation et que les récentes concentrations conduisent à la création d'un marché national²⁴³. Quant à la Grande – Bretagne si la Commission a considéré que le marché de la fourniture correspondait aux zones géographiques des douze distributeurs²⁴⁴, et ce alors même que le marché était totalement libéralisé, elle semble à présent prête à admettre que ce marché est dorénavant plus que régional²⁴⁵. En se fondant sur l'argumentation de la Commission on peut conclure que cette évolution tient à la disparition des barrières à l'entrée sur le marché comme conséquence de processus des concentrations. On peut ajouter aussi que l'augmentation du nombre de clients changeant effectivement de fournisseurs constitue un autre facteur en faveur de cette évolution.

²⁴³ Décision de la Com du 7.02.2000, n° COMP/M.1803 *Electrabel/Epon*, point 21

²⁴⁴ Décision de la Com. du 27.01.1999, aff. n° IV/M. 1346 EDF/LONDON ELECTRICITY.

²⁴⁵ Décision de la Com du 29.11.2000, n°COMP/2209 *EDF Group/ Gottam Power Station*, point 21

En même temps la fourniture pose aussi la question de savoir si certaines parties du territoire communautaire ne pourraient pas constituer de nouveaux marchés géographique pertinents. C'est dans le cas EDF/Louis Dreyfus que pour la première fois les parties soulèvent la question et estiment que, pour la fourniture d'électricité aux clients éligibles, il convient de retenir des marchés nationaux «insulaires» (Irlande, Grèce), des marchés nationaux «péninsulaires» (Grande-Bretagne, pays nordiques, Italie, Espagne-Portugal), et un marché centre-européen. Cette segmentation s'expliquerait par la structure des capacités d'interconnexion entre pays, qui facilitent ou entravent les échanges d'électricité selon les cas.

Les résultats de l'enquête menée par la Commission suggèrent que, bien que la libéralisation progressive du secteur européen de l'électricité conduite à une internationalisation de la fourniture d'électricité pour les clients éligibles, et bien que les grands clients aient tendance à lancer des appels d'offres transnationaux pour leur fourniture en électricité, certains marchés de la fourniture restent encore essentiellement nationaux. En effet, les limitations des capacités disponibles sur les interconnecteurs, la présence de variations de prix significatives entre Etats membres (70% entre la Suède et le Danemark, ou 30% entre la France et l'Allemagne), et la présence de réglementations nationales, semblent militer, dans certains pays, en faveur de marchés nationaux. Ceci semble particulièrement vrai en France, où les importations représentent moins de 1% de consommation intérieure ou de la production nationale²⁴⁶.

En se fondant sur cette pratique décisionnelle de la Commission on peut conclure que l'accélération du processus de libéralisation, l'uniformisation progressive des réglementations nationales, le développement des capacités d'interconnexion entre les Etats membre et les concentrations entre les opérateurs régionaux devraient contribuer à un élargissement progressif qui irait vers une dimension européenne des marchés pertinents dans l'avenir proche.

Quant aux nouvelles activités dans le segment d'aval de la filière énergétique, même si la Commission les a reconnues tardivement comme des

²⁴⁶ <http://www.industrie.gouv.fr>

marchés distincts, on observe une dynamisation de ces nouveaux marchés et leurs mutations géographiques.

Quand on parle du négoce, il est important de noter que les opinions des parties et de la Commission sont très divergentes. Les parties estiment que le négoce de produits liés à l'énergie est à dimension internationale²⁴⁷, du moins européenne²⁴⁸, dans la mesure où l'objet du négoce est de tirer parti des différences de prix dans le temps, dans l'espace et d'un produit à l'autre, le négociant est d'autant plus incité à agir dans l'Europe entière que les différences de prix qui subsistent d'une région à une autre sont importantes. Elles rappellent à cet effet qu'il est possible, à partir d'une salle de marché unique, d'agir en temps réel sur les Pools et bourses existants.

D'un autre côté, les investisseurs de la Commission considèrent que bien que le processus de libéralisation de l'électricité favorise une internationalisation de ce secteur, et bien que le négoce de produits liés à l'énergie ne prenne sans doute toute sa dimension que dans un cadre international, plusieurs facteurs tendent à infirmer l'existence d'un marché européen du négoce d'électricité.

En effet, d'une part, la possibilité que les négociants puissent réaliser des arbitrages sur les prix de l'électricité dans différents Etats membres dépend de la facilité avec laquelle l'électricité peut être transportée d'un pays à un autre. Or, il apparaît qu'à l'exception de quelques pays, comme l'Autriche ou le Danemark, les échanges transnationaux entre Etats membres représentent souvent une faible part de la production ou de la consommation nationales : par exemple, les exportations d'électricité en provenance d'Allemagne ne semblent pas dépasser 8% de la production ou de la consommation allemandes. Cette situation semble liée à des limitations structurelles, et notamment au manque de capacité ou de disponibilité de certains interconnecteurs reliant certains réseaux nationaux de transport d'électricité. Cela semble notamment être le cas entre la France et la Grande-Bretagne, ou au niveau de la frontière italienne vers la France et la Suisse.

²⁴⁷ Décision de la Com du 26.08.2003, aff n°COMP/M.3210 EDF/EDFT

²⁴⁸ Décision de la Com. du 28.09.1999, Cas n° COMP/M.1557 EDF/ Louis Dreyfus

Et, d'autre part, le négoce dépend également dans une large mesure du fait que les opérations portent sur des contrats standards, ou au moins facilement comparables d'un Etat membre à un autre. Or, il ne semble pas encore exister de tels types de contrat au niveau européen. Et le négoce prend même souvent des formes très différentes d'un Etat membre à un autre : si certains pays nordiques se sont dotés de bourses de l'électricité (comme Nord pool), d'autres (comme l'Angleterre et le Pays de Galles) ont choisi des systèmes de pools nationaux à acheteur unique, et d'autres, enfin, (comme la France) ne disposent pas actuellement de systèmes de négoce.

Même si la question de la définition précise des marchés géographiques associés au négoce de produits liés à l'énergie peut être considérée comme ouverte au regard des fortes mutations qui sont observées dans ce nouveau marché, on peut s'accorder sur le point que la dimension géographique est en progression vers un marché européen.

Le bilan dans les autres marchés nouveaux est un peu plus différent. Ainsi, en raison de leur récente définition comme des marchés séparés, les marchés des services de comptage et de raccordement ne sont pas un point central dans le processus de concentration, et pour cette raison l'impact des opérations sur eux est négligeable. On peut constater que pour le moment ils ont une dimension plutôt régionale, correspondant à la limite des anciens monopoles. Enfin on peut provisionner que dans une période moyenne le processus de transformation s'accélénera et que ces marchés devraient avoir une dimension nationale.²⁴⁹ De ce point de vue on doit remarque que dans sa décision EDF/Seeboard²⁵⁰, il semble que la Commission ait admis que le marché des services d'installation et de maintenance des compteurs et le marché du relevé des compteurs et de services autour de leurs données correspondaient à la Grande - Bretagne.

Quant au marché d'ajustement on peut constater qu'il devrait avoir une dimension au moins nationale, même si la Commission n'a pas encore trouvé

²⁴⁹ Voir la Décision de la Com. du 14.07.2000, aff. n°COMP/M.1949 WESTERN POWER DISTRIBUTION/ HYDER et la Décision de la Com. du 17.09.2001, aff. n° COMP/M.2586 *CE/Yorkshire electric*

²⁵⁰ Décision de la Com du 25.07.2002, cas n° COMP/M.2890 *EDF/Seeboard*

nécessaire de la définir²⁵¹. En fondant l'argumentation sur celle des parties, on peut considérer que les concentrations permettent aux marchés de s'étendre dans un premier temps au Royaume-Uni et aux Pays Nordiques, et qu'elles pourraient faciliter l'atteinte d'une dimension communautaire quand l'ensemble des Etats auront des structures de marché et des réglementations convergentes²⁵²

²⁵¹ Décision de la Com. du 3.02.2000, aff. n° COMP/JV.36, *TXU Europe/ EDF-London Investement*.

²⁵² Dans ce sens Décision de la Com. du 21.09.2005, aff. n° COMP/ M.3440 ENI/EDP/GDP

CHAPITRE II

Les marchés énergétiques de réseaux

L'industrie énergétique peut être subdivisée, comme on l'a vu, en quatre activités : la production, le transport, la distribution et la fourniture. Cette répartition fonctionnelle est d'une importance primordiale pour la bonne compréhension de la structure des marchés énergétique. Entre ces activités il existe des différences technologiques et économiques, et c'est à ce niveau de décomposition que l'on s'est efforcé d'encadrer les marchés pertinents. Dans ce chapitre on va s'arrêter sur les activités de transport et de distribution.

M.LEMAIRE remarque à juste titre que « *la notion de « réseau » ne figure pas parmi les concepts définis par la directive* »²⁵³. Pour pallier cet inconvénient on pourrait peut-être se reporter à d'autres dispositions communautaires et en particulier à la directive relative au transport d'électricité sur les grands réseaux²⁵⁴. En fait, ce texte n'offre pas de définition non plus. Les grands réseaux, et les entités en charge de leur exploitation, font l'objet d'une liste annexée à la directive. Il semble que pour dessiner les contours du réseau, on doit se reporter aux activités qui y sont relatives. Le réseau peut dès lors être conçu comme le regroupement des réseaux de transport et de distribution. Ces notions sont quant à elles définies, mais elles sont relativement vagues en droit communautaire.

Le transport inclut l'acheminement de l'électricité à travers les lignes à haute tension²⁵⁵. Toutefois, cette fonction ne se limite pas au transport et comporte la gestion de groupes de production éparpillés sur un réseau de façon à maintenir la tension et la fréquence nécessaires en évitant l'écroulement du système²⁵⁶. Le transport constitue un monopole naturel dans la mesure où la concurrence sur ce

²⁵³ Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence* »op.cit. p.58

²⁵⁴ DIRECTIVE 90/547/CEE du Conseil du 29 octobre 1990 relative au transit sur les grands réseaux, JOCE n° L 313 du 13 novembre 1990, p. 30

²⁵⁵ « Transport d'électricité sur le réseau à haute tension interconnecté aux fins de fourniture à des clients finals ou à des distributeurs » (art.2, 5^{ème} point de la directive 96/92/CE). La directive 2003/54/CE a complété cette définition en ajoutant la phrase suivante : « mais ne comprenant pas la fourniture ». Cette rédaction reste inchangée dans la nouvelle directive 2009/72/CE

²⁵⁶ CRE, Rapport d'activité, 2002

segment reviendrait à reproduire le réseau existant²⁵⁷ (un doublement des réseaux haute tension CA et la concurrence entre coordinateurs de réseaux auraient pour effet l'augmentation des coûts du transport).

La distribution inclut quant à elle l'acheminement de l'électricité à basse tension. En effet, selon les termes de la directive, la distribution est définie comme « *le transport d'électricité sur des réseaux de distribution à moyenne et à basse tension aux fins de fourniture à des clients* ²⁵⁸ ». Une nouvelle fois, la notion est définie en fonction de son but.

Alors on peut conclure que dans ces deux activités on inclut les fonctions de réseau qui influent fortement l'organisation des activités (**SECTION 1**) ainsi que la reconnaissance des marchés pertinents²⁵⁹(**SECTION 2**).

SECTION 1

L'organisation des activités de réseaux

La possibilité de maintenir des monopoles sur le segment du transport et de la distribution, dans le respect des règles de concurrence, découle du Chapitre IV de la directive 2009/72/CE²⁶⁰ et Chapitre III et IV de la Directive 2009/73/CE²⁶¹²⁶². Cette faculté se justifie par le caractère de monopole naturel du réseau de transport et par son importance stratégique pour le bon fonctionnement de tout marché de

²⁵⁷ Ph. GAGNEPAIN, « La nouvelle théorie de la régulation des monopoles naturels », *Working paper*, Universidad Carlos III Madrid, Janvier 2001, disponible sur http://www.eco.uc3m.es/personal/cv/regulation_phillippe.pdf

²⁵⁸ Article 2, 6^{ème} point de la directive 96/92/CE. La directive 2003/54/CE a complété cette définition en ajoutant la phrase suivante : « mais ne comprenant pas la fourniture ». Cette rédaction reste inchangée dans la nouvelle directive 2009/72/CE

²⁵⁹ Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence : Recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz* », II Tomes, Marseille, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003

²⁶⁰ DIRECTIVE 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE JO L 211 du 14.8.2009

²⁶¹ DIRECTIVE 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE , JO L 211 du 14.8.2009

²⁶² Aussi comme dans les directives précédentes DIRECTIVE 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (JO L 176 ; 15/07/2003) et DIRECTIVE 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176 ; 15/07/2003)

l'énergie²⁶³. Le gestionnaire de réseau de transport (GRT) joue un rôle essentiel dans la nouvelle structure de marché mise en place. Le 25^e considérant du Préambule de la première directive électricité disposait que :

«... chaque réseau doit être géré et contrôlé d'une manière centralisée afin d'en assurer la sécurité, la fiabilité et l'efficacité, dans l'intérêt des producteurs et de leurs clients ; qu'en conséquence, il conviendrait de désigner un gestionnaire du réseau de transport qui en assurera l'exploitation, l'entretien et, le cas échéant, le développement... ».

Dans ce sens il paraît convenable de rappeler que le préambule d'une directive peut se voir reconnaître une valeur juridique dans certaines circonstances précisées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes²⁶⁴. Le Préambule de la directive électricité insiste, quant à lui, non plus sur la nécessité d'une gestion centralisée mais sur l'indépendance du GRT en vue d'assurer un accès non discriminatoire au réseau.

Le maintien des monopoles de transport peut paraître paradoxal ou, au moins, peu propice à la création d'un marché intérieur de l'électricité. Il s'explique par le fait que le transport de l'électricité sur le réseau à haute tension aux fins de fourniture à des distributeurs (voire à des clients industriels) constitue un monopole naturel pour lequel la mise en concurrence est économiquement peu justifiée²⁶⁵. Par la suite, ni la première directive électricité ni la seconde n'imposent le démantèlement des monopoles de transport, de même qu'elles n'imposent pas, en droit du moins, la fin des monopoles de production, même si elles créent les conditions de la réalisation de ce démantèlement²⁶⁶. Les premières directives visaient essentiellement à réglementer l'exploitation des réseaux de transport afin d'éviter que la gestion de ces « *infrastructures essentielles* » puisse aboutir à favoriser certains producteurs au détriment des autres. Elles prévoyaient la création d'un gestionnaire du réseau de transport soumis à de nombreuses obligations. Les

²⁶³ En ce sens B.ESNAULT, *Transition du monopole à la concurrence sur les marchés du gaz naturel en Europe : l'importance stratégique du stockage souterrain*, Thèse, Université de Bourgogne, 2000

²⁶⁴ CJCE, 23 février 1988, aff. 131/86 *Royaume-Uni/ Conseil*, Rec.1988 p.905

²⁶⁵ Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence* »op.cit. p.69 et s.

²⁶⁶ Ibid.

directives suivantes imposent quant à elles la séparation juridique et patrimoniale des gestionnaires de réseau de transport.

§ 1 Les mutations des gestionnaires de réseaux de transport

Favoriser la sécurité d’approvisionnement et le développement durable et assurer la compétitivité des prix et un niveau élevé de service, tels sont les objectifs fondamentaux du marché intérieur de l’électricité et du gaz. Pour la Commission, c’est en offrant une réelle liberté de choix à tous les consommateurs de l’Union, particuliers et entreprises, en créant de nouvelles perspectives d’activité et en intensifiant les échanges transfrontaliers que de nouveaux progrès seront réalisés²⁶⁷.

Or, il n’est pas possible, selon elle, de garantir actuellement à toutes les entreprises de la Communauté le droit de vendre de l’électricité et du gaz dans n’importe quel État membre dans des conditions identiques et sans subir de discriminations ni de désavantages. Deux mesures essentielles sont identifiées pour résoudre ce problème : mettre en place un niveau de surveillance réglementaire comparable dans chaque État membre, et organiser un accès non discriminatoire au réseau. Pour satisfaire ce dernier objectif, la Commission a une solution : la séparation patrimoniale.

La thèse de la Commission européenne est simple. Selon elle, sans une séparation effective des réseaux par rapport aux activités de production et de fourniture, le risque existe d’engendrer des discriminations non seulement dans l’exploitation du réseau, mais aussi dans les incitations qu’ont les entreprises verticalement intégrées à consacrer les investissements appropriés à leurs réseaux.

§§ 1 Séparation patrimoniale

Les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE relatives au marché intérieur de l’électricité et du gaz imposent déjà aux opérateurs énergétiques de séparer

²⁶⁷ Commission européenne, Rapport sur l’état d’avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l’électricité [COM(2009) 115 final– Non publié au Journal officiel]. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0115:FR:NOT>

juridiquement, par la création d'une filiale, leurs activités de transport et de distribution²⁶⁸.

Selon la Commission, les éléments qui incitent les entreprises verticalement intégrées à pratiquer des discriminations à l'encontre de leurs concurrents en matière d'accès au réseau sont « *inhérents au système* »²⁶⁹ et le conflit d'intérêts est « *intrinsèque* »²⁷⁰. Dans cette perspective, la séparation patrimoniale s'impose. Ces affirmations sont étayées par une étude d'impact présentée par la Commission européenne²⁷¹.

Selon l'enquête sectorielle le degré de séparation entre les réseaux et la distribution ont des répercussions défavorables sur le fonctionnement du marché et sur la propension à investir dans les réseaux. Cette particularité constitue un obstacle majeur à l'entrée de nouveaux concurrents et menace, en outre, la sécurité de l'approvisionnement.

En analysant les différents marchés nationaux la Commission constate que

*« les nouveaux arrivants éprouvent souvent des difficultés à accéder aux réseaux de manière effective (dans le secteur du gaz, également aux installations de stockage et aux terminaux GNL) en dépit des dispositions existantes en matière de séparation. »*²⁷²

Les gestionnaires du réseau de l'infrastructure sont soupçonnés en discrimination en favorisant les entreprises faisant partie de leur groupe. Du fait de l'intégration verticale, les décisions opérationnelles et d'investissement ne sont, en outre, pas prises dans l'intérêt de la gestion du réseau et de l'infrastructure, mais sur la base des intérêts de la société intégrée en matière de distribution. Cette particularité compromet fortement la sécurité de l'approvisionnement.

²⁶⁸ Voir l'article 10 de la directive 2003/54/CE et Article 9 de la directive 2003/55/CE

²⁶⁹ Considérant 7 de la proposition de la Commission au Conseil de l'Union européenne DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité [COM (2007) 528 final] disponible sur <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st13/st13043.fr07.pdf>

²⁷⁰ Ibid. p.4

²⁷¹ Commission européenne, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:FR:PDF>

²⁷² Ibid. considérant 19

Une autre forme de verrouillage vertical est observée dans l'intégration de la production des importations et des sociétés de distribution au sein d'un même groupe.

Selon les conclusions de l'enquête cette forme d'intégration verticale

*« décourage les opérateurs traditionnels d'être actifs sur les marchés de gros et se traduit par des niveaux de liquidité sous-optimaux sur ces marchés. »*²⁷³

C'est ainsi notamment que la prévalence de contrats de fournitures de longue durée entre producteurs de gaz et importateurs traditionnels entrave considérablement l'accès de nouveaux concurrents aux marchés en amont²⁷⁴. De la même façon, les installations de production d'électricité se trouvent aux mains d'un petit nombre de fournisseurs traditionnels ou sont indirectement contrôlées par ces derniers par l'intermédiaire de contrats d'achat d'électricité de longue durée, conclus avant la libéralisation, qui leur confèrent la maîtrise des inputs essentiels des marchés de gros. Ainsi une liquidité faible constitue une entrave à l'entrée sur les marchés du gaz comme sur ceux de l'électricité.

Dans ce contexte la thèse de la Commission européenne est simple :

*« Sans une séparation effective des réseaux par rapport aux activités de production et de fourniture ("découplage effectif"), il existe un risque de discrimination non seulement dans l'exploitation du réseau, mais aussi dans les éléments qui incitent les entreprises verticalement intégrées à investir suffisamment dans leurs réseaux. »*²⁷⁵.

Le Conseil européen des 8 et 9 mars 2007 à Bruxelles, établissant un plan d'action pour une politique énergétique pour l'Europe (2007-2009), a convenu qu'il faut

²⁷³ Ibid. considérant 20

²⁷⁴ B.ESNAULT, Transition du monopole à la concurrence sur les marchés du gaz naturel en Europe : l'importance stratégique du stockage souterrain, Thèse, Université de Bourgogne, 2000 p.

²⁷⁵ Considérant 9 de la directive 2009/72/CE

« une séparation effective des activités d'approvisionnement et de production d'une part, et de la gestion des réseaux d'autre part (découplage), sur la base de systèmes de gestion de réseaux indépendants et régulés de façon appropriée, qui garantissent l'égalité et la liberté d'accès aux infrastructures de transport, ainsi que l'indépendance des décisions en matière d'investissement et d'infrastructures »²⁷⁶,

tout en constatant qu'il

« n'existe toujours pas à l'heure actuelle de marché européen de l'énergie véritablement concurrentiel, unique et interconnecté qui représenterait des avantages significatifs pour la compétitivité et pour les consommateurs de l'UE et qui renforcerait la sécurité des approvisionnements »²⁷⁷.

Quant au Parlement européen, il a affirmé, dans sa résolution sur les perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, adoptée le 10 juillet 2007²⁷⁸, que la séparation de la propriété au niveau du transport est le moyen le plus efficace de promouvoir de façon non discriminatoire l'investissement dans les infrastructures, un accès équitable au réseau pour les nouveaux arrivants et la transparence du marché²⁷⁹

a. L'imposition de la séparation patrimoniale aux entreprises privées

Dans la variante initiale les modifications proposées par la Commission sont passées par une rédaction globale de l'article 8 de la directive 2003/54/CE, et de l'article 7 de la directive 2003/55/CE consacrés à la désignation des GRT. Ces nouveaux articles sont intitulés « Dissociation des réseaux de transport et des GRT ». Les dispositions relatives à la séparation juridique des GRT sont logiquement supprimées.

²⁷⁶ Conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles (8 et 9 mars 2007), p. 17. voir les annexes de la thèse.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Résolution du Parlement européen du 10 juillet 2007 sur les perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité (2007/2089(INI))

Dans la rédaction finale l'article 9, paragraphe 1 de la Directive 2009/72/CE et de la Directive 2009/73/CE, oblige les États membres, dans un délai d'un an à compter de la date de transposition, à veiller à ce que chaque entreprise qui possède un réseau de transport (RT) agisse en qualité de gestionnaire de réseau de transport²⁸⁰. C'est l'option privilégiée de la séparation patrimoniale, à l'encontre de l'option ISO²⁸¹, dérogatoire, dans laquelle le propriétaire du réseau n'est pas le GRT.

Dans cette option il est important de noter que les directives prévoient un traitement similaire, mais pas identique pour les entreprises privées et publique. Comme le rappelle le considérant 20 des deux directives relatives au marché intérieur du gaz et de l'électricité. Ces activités peuvent rester sous gestion publique, mais exigent une gérance particulière de la séparation.

Cette obligation est réputée satisfaite dans une situation où plusieurs entreprises qui possèdent des réseaux de transport ont créé une entreprise commune qui joue le rôle de gestionnaire de réseau de transport dans plusieurs États membres. Aucune autre entreprise ne peut participer à l'entreprise commune, sauf si elle a été agréée en vertu de l'article 13 en tant que gestionnaire de réseau indépendant²⁸².

Dans cette option, toute personne exerçant un contrôle direct ou indirect sur une entreprise de production ou fourniture se voit interdire tout contrôle direct ou indirect sur un GRT ou un RT, et même toute participation dans un GRT ou un RT.²⁸³

A l'inverse, toute personne exerçant un contrôle direct ou indirect sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport ne pourra exercer un

²⁷⁹ Ibid. point n°2,

²⁸⁰ « Article 9

Dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseau de transport

1. Les États membres veillent à ce que, à compter du 3 mars 2012 :

a) chaque entreprise qui possède un réseau de transport agisse en qualité de gestionnaire de réseau de transport ; »

²⁸¹ On va s'arrêter sur cette option dans la suite du texte

²⁸² Article 9, paragraphe 5 de la directive 2009/72/CE

²⁸³ Article 9, paragraphe 2, lettre b, i de la directive 2009/72/CE

contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur une entreprise de production ou fourniture, ni détenir une quelconque participation dans une telle entreprise²⁸⁴.

Le concept de contrôle est défini d'une manière extensive dans l'article 9 paragraphe 1, lettre b) des deux directives. En analysant le texte de la disposition on pourrait constater que le législateur a repris la même définition de contrôle du Règlement 139/2004 sur les concentrations. Cette liaison est manifestée explicitement dans les préambules des deux directives²⁸⁵. On pourrait définir le contrôle comme « *la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise* »²⁸⁶ notamment grâce au droit de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise, d'une part ou des droits et des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise, d'autre part.

En parlant du concept de contrôle, il convient de faire une distinction importante entre deux types de contrôle – le contrôle unique ou exclusif et le contrôle en commun ou conjoint.

La notion de contrôle exclusif est précisée dans la Communication juridictionnelle consolidée. Généralement le contrôle unique pourrait découler de la possession d'une majorité des droits de vote d'une société. Dans cette ligne de réflexion, on doit noter que le règlement ne pose aucun seuil à cette possession. Il est pratiquement sans importance si la prise de participation atteint 50 pour cent plus une action ou 100 pour cent du capital social de la société, dès lors qu'elle permettra que la majorité des droits de vote soit exercée ce qui permet de contrôler les décisions prises par les assemblées et les organes sociaux de l'entreprise ciblé.

Bien que la possession d'une majorité soit le cas le plus fréquent, ce même contrôle pourrait exister dans trois autres types de situations.

²⁸⁴ Article 9, paragraphe 2, lettre b, ii de la directive 2009/72/CE

²⁸⁵ Considérant 13 de la directive 2009/72/CE et considérant 10 de la directive 2009/73/CE

²⁸⁶ F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p.528

Le premier type regroupe les possibilités d'établir un contrôle unique par le biais d'une « minorité qualifiée ». Il ressort de la Communication précitée, qu'une telle possibilité pourrait résulter en même temps de circonstances de droit ou de fait²⁸⁷. Dans une telle appréciation on pourrait retrouver une approche réaliste et pragmatique de la Commission qui considère qu'un actionnaire, bien que minoritaire, peut exercer un contrôle de fait sur une société.

Afin de déterminer l'existence d'une éventuelle « *minorité qualifiée* » la Commission examine d'une part si des droits particuliers sont attachés à la participation minoritaire, et d'autre part si la dispersion du capital social entre le reste des actionnaires permet à l'actionnaire minoritaire considéré d'avoir la quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale. Enfin il reste à noter encore une hypothèse dans laquelle l'actionnaire a le droit de gérer les activités de la société et de déterminer la politique commerciale de l'entreprise.

Dans certains cas exceptionnels, la Commission considère que des droits de veto peuvent conférer un contrôle exclusif à un actionnaire lorsque lesdits droits lui permettent de bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise.

La Communication juridictionnelle consolidée décrit deux cas dans lesquels un droit de veto peut conférer le contrôle à un actionnaire minoritaire. En premier on parle du cas où un actionnaire minoritaire détient 50% du capital d'une entreprise, les 50 % restants étant aux mains de deux autres actionnaires minoritaires au moins²⁸⁸. Il en va de même lorsqu'un actionnaire minoritaire dispose de droits veto sur les décisions de stratégie opérationnelle ou lorsque l'adoption desdites décisions de stratégie opérationnelle est soumise à un quorum qui, en pratique, confère un droit de veto à un seul actionnaire minoritaire.

Enfin on pourrait avoir une dernière hypothèse. Ce sont les cas à propos desquels la Commission a considéré qu'une situation de dépendance économique conduisait à un contrôle de fait

²⁸⁷ Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01) JO. n° C 95, 16 avril 2008, pts 57 et 59 (ci-après la communication juridictionnelle)

²⁸⁸ Ibid. considérant 58

« lorsque, par exemple, de très importants contrats de livraison à long terme ou des crédits octroyés par des fournisseurs ou des clients, à des liens structurels, confèrent une influence décisive »²⁸⁹.

Le fait que le contrôle exclusif puisse résulter de circonstances ou de fait montre bien que la Commission est soucieuse d'appréhender la réalité économique de contrôle exercé sur la stratégie opérationnelle de l'entreprise cible. Cette volonté de réalisme se retrouve également dans la définition du contrôle en commun.

On pourrait parler d'un contrôle en commun lorsque deux ou plusieurs entreprises obtiennent la possibilité d'exercer conjointement une influence déterminant. Il y a contrôle en commun lorsque les entreprises qui exercent le contrôle sont obligées, *de jure* ou *de facto*, de s'entendre sur toutes les décisions de stratégie opérationnelle concernant l'entreprise contrôlée.

Généralement, sous le terme « influence déterminante » on désigne, dans les cas de contrôle commun, le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise. La Communication juridictionnelle consolidée précise que

« contrairement au contrôle exclusif qui accorde à un actionnaire donné le pouvoir de déterminer les décisions stratégiques d'une entreprise, le contrôle en commun se caractérise par la naissance possible d'une situation blocage par le fait que deux ou plusieurs entreprises fondatrices ont le pouvoir de rejeter les décisions stratégiques proposées »²⁹⁰.

On pourrait conclure que la forme la plus simple de contrôle en commun est celle où deux entreprises exerçant le contrôle se partagent à parité les droits de vote ou de représentation dans les organes de direction de l'entreprise contrôlée. Toutefois, un contrôle en commun peut exister même en l'absence de parité des droits de vote ou de représentation. Il en est ainsi lorsque les actionnaires ont des droits qui leur permettent de s'opposer à des décisions capitales pour la stratégie

²⁸⁹ Ibid. considérant 20

²⁹⁰ Ibid. . considérant 62. Voir aussi l'arrêt rendu dans TPI, 23.février 2006, aff . T-282/02 *Cementbouw/Commission*, Rec. 2006, p. II-319, points 42, 52 et 67.

opérationnelle de l'entreprise contrôlée. Ces droits doivent aller au-delà des droits de veto normalement consentis aux actionnaires minoritaires pour protéger leurs intérêts financiers en tant qu'investisseurs dans l'entreprise.

Les participations et les pouvoirs visés comprennent la propriété d'une partie du capital ou des éléments d'actifs d'une entreprise, ou le pouvoir d'exercer des droits de vote, ou celui de désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou le droit de recevoir des dividendes ou d'autres participations aux bénéfices.²⁹¹

Plus généralement, la même personne ne sera pas autorisée à désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise d'un gestionnaire de réseau de transport ou d'un réseau de transport, et à exercer un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur une entreprise de production ou fourniture, ou à y détenir une quelconque participation. Les États membres peuvent prévoir des dérogations pendant deux ans à ces obligations, pour autant que les gestionnaires de réseaux de transport n'appartiennent pas à une entreprise verticalement intégrée²⁹².

Un membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise de production ou de fourniture, ne pourra exercer ces fonctions au sein d'un gestionnaire de réseaux de transport ou d'un réseau de transport.

De plus, les informations commercialement sensibles détenues par un gestionnaire de réseau de transport ayant appartenu à une entreprise verticalement intégrée ne doivent pas être transférées à des entreprises de production ou fourniture²⁹³.

Enfin, les articles des directives relatifs à la confidentialité imposée aux GRT et aux propriétaires de réseaux de transport sont plus détaillés, en introduisant l'interdiction de divulguer toute information commercialement sensible aux autres branches de la société, sauf si cela est nécessaire à la réalisation d'une transaction

²⁹¹ Article 9, paragraphe 3 de la directive 2009/72/CE

²⁹² Article 9, paragraphe 4 de la directive 2009/72/CE

²⁹³ Article 9, paragraphe 7 de la directive 2009/72/CE

commerciale. Afin d'assurer le respect total des règles relatives à la dissociation des flux d'information, il faut assurer que le propriétaire du réseau et les autres branches de la société ne recourent pas à des services communs, hormis pour les fonctions purement administratives ou informatiques.²⁹⁴

Afin d'assurer le respect des dispositions précédentes, la Commission propose un dispositif de désignation et de certification des GRT.²⁹⁵

Les entreprises qui possèdent un réseau de transport et qui ont été certifiées par l'autorité de régulation nationale comme s'étant conformées aux exigences de la séparation patrimoniale, sont agréées et désignées comme gestionnaires de réseaux de transport par les États membres²⁹⁶.

Les autorités de régulation surveillent le respect constant des dispositions et interviennent notamment lorsqu'elles ont connaissance d'une modification des pouvoirs ou de l'influence exercée sur des propriétaires ou des gestionnaires de réseau de transport qui risque d'entraîner une infraction aux dispositions des directives²⁹⁷.

Enfin, les nouvelles directives améliorent la prise en compte des objectifs environnementaux par les GRT.²⁹⁸

b. L'imposition de la séparation patrimoniale d'une manière égale

Eu égard aux liens verticaux entre les secteurs de l'électricité et du gaz, les dispositions en matière de dissociation s'appliquent de manière transversale entre les deux secteurs. La Commission défend même la thèse que la séparation patrimoniale est encore plus pertinente pour le gaz que pour l'électricité, car le marché du gaz souffre d'un manque de concurrence encore plus grand.

²⁹⁴ Article 16 de la directive 2009/72/CE

²⁹⁵ Article 10 de la directive 2009/72/CE

²⁹⁶ Article 10, paragraphe 2 de la directive 2009/72/CE

²⁹⁷ Article 10 paragraphe 4 de la directive 2009/72/CE

²⁹⁸ Article 12 de la directive 2009/72/CE

Ces préoccupations sont partagées par le Parlement européen : dans son rapport sur les perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, présenté en commission ITRE le 26 juin 2007, M. Alejo Vidal-Quadras, affirmait que

« Le Parlement européen ... considère que la séparation de la propriété du transport est le moyen le plus efficace de promouvoir de façon non discriminatoire l'investissement dans les infrastructures, un accès équitable au réseau pour les nouveaux arrivants et la transparence du marché ; souligne toutefois que ce modèle pourrait ne pas régler toutes les questions, telles que les interconnexions ou points de congestion »²⁹⁹

et

« reconnaît que l'application de nouvelles mesures de séparation concernant le secteur du gaz n'est pas simple ; demande donc instamment la mise au point de solutions spécifiques pour permettre à ce secteur de réaliser l'achèvement du marché intérieur du gaz, en tenant compte des différences entre marchés en amont et marchés en aval »³⁰⁰.

Les analyses de la Commission sont peut-être adaptées aux pays producteurs de gaz, mais elles ne tiennent pas compte de la problématique des contrats d'approvisionnement à long terme, ni du fait que les réseaux de transport contribuent à renforcer le pouvoir de négociation des opérateurs gaziers en augmentant leur assise financière et leur crédibilité.

Comme le rappelle le considérant 23 de la directive 2009/72/CE et respectivement considérant 20 de la directive 2009/73/CE,

« Il convient que la mise en œuvre du découplage effectif respecte le principe de non-discrimination entre le secteur public et

²⁹⁹ Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 10 juillet 2007 sur les perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité (2007/2089(INI)) disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2007-0326+0+DOC+PDF+V0//FR>

³⁰⁰ Ibid. point 3

le secteur privé. À cet effet, il ne devrait pas être possible à une même personne d'exercer, individuellement ou collectivement, un contrôle ou des pouvoirs, en violation des règles régissant la dissociation des structures de propriété ou de l'option impliquant la mise en place d'un gestionnaire de réseau indépendant, sur la composition, le vote ou les décisions à la fois des organes de gestionnaires de réseau de transport ou de réseaux de transport et des organes d'entreprises de fourniture ou de production. En ce qui concerne la dissociation des structures de propriété et la solution impliquant la mise en place d'un gestionnaire de réseau indépendant, à condition que l'État membre concerné puisse démontrer que l'exigence est respectée, deux organismes publics séparés devraient pouvoir exercer un contrôle sur les activités de production et de fourniture, d'une part, et sur les activités de transport, d'autre part.».

Le commissaire européen à l'énergie a réaffirmé que la séparation patrimoniale n'est pas une privatisation, ces activités pouvant rester sous gestion publique³⁰¹. Reconnaisant qu'il existe de forts arguments en faveur de cette gestion, compte tenu de la dimension stratégique de ce secteur, il a néanmoins indiqué que dans le cas français, il importe que ces activités soient gérées par deux ministères différents.

Enfin pour que la séparation complète des activités de réseau et de fourniture s'applique dans l'ensemble de la Communauté, de manière à empêcher tout gestionnaire de réseau établi dans la Communauté ou ses sociétés liées d'exercer des activités de fourniture ou de production dans n'importe quel État membre, cette mesure doit s'appliquer indifféremment aux entreprises de l'UE et aux entreprises de pays tiers.

La Commission souhaite donc habiliter les autorités de régulation à refuser la certification des GRT qui ne respectent pas ces règles de séparation. Afin

³⁰¹ Audition, ouverte à la presse, conjointe avec la Délégation à l'Union européenne, de M. Andris Piebalgs, commissaire européen chargé de l'énergie disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/c-rendus/c0023.asp#P14_547

d'assurer une application cohérente de la certification et le respect des obligations internationales de la Communauté, elle se réserve le droit d'examiner les décisions de certification prises par les autorités de régulation.

Le troisième paquet prévoit que, sans préjudice des obligations internationales de la Communauté, les réseaux de transport ou les gestionnaires de réseau de transport ne doivent pas être soumis au contrôle de personnes de pays tiers. Un accord conclu avec un ou plusieurs pays tiers auquel la Communauté est partie peut toutefois permettre une dérogation.

§§ 2 Les alternatives – « ISO » et « ITO »

En même temps – et cela a été la pomme de discorde majeure dans les négociations –, le troisième paquet renforce encore les modalités de séparation entre opérateurs de réseau et activités concurrentielles, sans pour autant parvenir à imposer uniquement la séparation patrimoniale totale (ownership unbundling) qui figure pourtant dans la proposition initiale de la Commission européenne et était également privilégiée par le Parlement européen dans le cas de l'électricité³⁰².

Lors des discussions au Conseil, une coalition d'États membres menée par la France et l'Allemagne a en effet pesé de tout son poids pour sauvegarder, du moins en apparence, le principe de l'entreprise intégrée « à la française » (permettant ainsi de préserver l'intégrité capitalistique de EDF et GDF-Suez). Même si certains y ont vu une grande victoire franco-allemande, il est permis d'être plus sceptique : les conditions de maintien des gestionnaires de réseau de transport dans le giron des opérateurs historiques qui ressortent de la nouvelle directive après les négociations étant si contraignantes que les nouveaux modèles alternatifs (dites ISO et ITO) pourraient rapidement apparaître trop lourds pour être praticables.

a. « ISO » - Le gestionnaire de réseau indépendant

Le modèle dit « ISO » (opérateur indépendant de système) impose la séparation entre l'entité propriétaire des infrastructures de réseau de transport et

³⁰² Le rapport Vidal-Quadras, voté en juillet 2007 à une écrasante majorité de la Commission parlementaire compétente en matière énergétique, prenait position pour la dissociation patrimoniale dans le secteur électrique. Il ménageait en revanche une possibilité de dérogation pour le secteur du gaz.

l'entité chargée de la gestion de ces mêmes infrastructures. En effet, on peut constater que dans ce cas il s'agit d'une forme particulière de séparation patrimoniale, et non d'une alternative crédible³⁰³.

La Commission propose cette solution à titre de dérogation lorsqu'une entreprise propriétaire d'un réseau de transport fait partie d'une entreprise verticalement intégrée. Les États membres peuvent choisir entre la dissociation des structures de propriété et la mise en place de gestionnaires de réseaux indépendants, selon les modalités prévues aux articles 13 de la directive 2009/72/CE et 14 de la directive 2009/73/CE.

Le gestionnaire de réseaux indépendants doit être désigné par l'État membre, sur proposition du propriétaire du réseau de transport et sous réserve que cette désignation soit approuvée par la Commission³⁰⁴. Une entreprise verticalement intégrée qui possède un réseau de transport ne peut en aucune circonstance être empêchée de prendre des mesures pour se conformer aux exigences de séparation effective.

L'État membre ne peut approuver et désigner un gestionnaire de réseau indépendant que si celui-ci respecte les exigences relatives à l'absence de contrôle, de pouvoir et de détention de participation entre entreprises de transport et de production ou de fourniture. Le GRT doit démontrer son aptitude à respecter les obligations relatives aux informations sensibles³⁰⁵.

Le candidat gestionnaire doit disposer des ressources financières, techniques et humaines pour accomplir ses tâches³⁰⁶. Il doit s'engager à se conformer à un plan décennal de développement du réseau proposé par l'autorité de régulation³⁰⁷.

Enfin, il doit prouver son aptitude à respecter les obligations qui lui incombent en vertu du règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges

³⁰³ En ce sens M. POLLITT « The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks. » *Energy Policy*, 2008, n°36 (2)

³⁰⁴ Article 14, paragraphe 1 de la directive 2009/73/CE et l'article 13, paragraphe 1 de la directive 2009/72/CE

³⁰⁵ Article 13, paragraphe 2, a) de la directive 2009/72/CE

³⁰⁶ Article 13, paragraphe 2, b) de la directive 2009/72/CE

³⁰⁷ Article 13, paragraphe 2, c) de la directive 2009/72/CE

transfrontaliers d'électricité³⁰⁸, notamment en matière de coopération entre gestionnaires de réseau de transport aux échelons européen et régional.

Chaque gestionnaire de réseau indépendant est responsable d'octroyer et de gérer l'accès des tiers, y compris la perception des redevances d'accès, des recettes résultant de l'attribution d'interconnexions et des paiements effectués au titre du mécanisme de compensation entre gestionnaires de réseau de transport, ainsi que d'exploiter, d'entretenir et de développer le réseau de transport et d'assurer la capacité à long terme du réseau à satisfaire une demande raisonnable, grâce à la planification des investissements. Dans le cadre du développement du réseau, le gestionnaire est responsable de la planification (y compris la procédure d'autorisation), de la construction et de la mise en service des nouvelles infrastructures³⁰⁹.

Le propriétaire de réseau de transport coopère dans la mesure du possible avec le gestionnaire notamment en lui fournissant toutes les informations utiles³¹⁰. Il finance les investissements décidés par le gestionnaire et approuvés par l'autorité de régulation, ou donne son accord à leur financement par toute partie intéressée, assure la couverture de la responsabilité relative aux actifs du réseau, à l'exclusion de la responsabilité liée aux tâches du gestionnaire de réseau indépendant et fournit des garanties pour faciliter le financement de toute extension du réseau³¹¹. Outre le contrôle de l'autorité de régulation, le propriétaire de réseau de transport est naturellement soumis à celui de l'autorité nationale compétente en matière de concurrence³¹².

Les articles 14 concernant la dissociation des propriétaires de réseau de transport d'électricité et 15 pour le transport et le stockage de gaz prévoient d'autres contraintes.

³⁰⁸ Règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) *JO L 176 du 15.7.2003, p. 1-10*

³⁰⁹ Article 13, paragraphe 4 de la directive 2009/72/CE

³¹⁰ Article 13, paragraphe 5, a) de la directive 2009/72/CE

³¹¹ Article 13, paragraphe

³¹² Article 13, paragraphe 6 de la directive 2009/72/CE

Ainsi, les propriétaires de réseau de transport et les gestionnaires de réseau de stockage de gaz (GRS), qui font partie d'entreprises verticalement intégrées, sont indépendants, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées au transport et au stockage³¹³.

Le propriétaire de réseau de transport et le GRS établissent un programme d'engagements garantissant que toute pratique discriminatoire est exclue et son application fait l'objet d'un suivi approprié, sous le contrôle de l'autorité de régulation³¹⁴.

Enfin, la Commission peut adopter des lignes directrices pour assurer que le propriétaire de réseau de transport et le GRS respectent effectivement ces règles³¹⁵.

Des précisions supplémentaires visent le gestionnaire de réseau de stockage de gaz, qui dispose de réels pouvoirs de décision sur les actifs nécessaires pour assurer l'exploitation, l'entretien et le développement des installations de stockage, indépendamment de l'entreprise intégrée de gaz, mais sans préjudice de mécanismes de coordination appropriés pour préserver les droits de supervision économique et de gestion de la société mère sur le rendement des actifs de la filiale. La société mère approuve le plan financier annuel et plafonne globalement le niveau d'endettement de sa filiale, mais elle ne peut donner des instructions au sujet de la gestion quotidienne³¹⁶.

Lors de son audition en décembre 2007 à l'Assemblée nationale française, le commissaire européen à l'énergie à l'époque, M. Andris Piebalgs³¹⁷ a reconnu que l'option dite ISO n'est pas la meilleure, compte tenu de la lourdeur des dispositifs, mais constitue une véritable alternative pour les États membres.

b. « ITO » - Le gestionnaire de réseaux de transport indépendants

³¹³ Article 15, paragraphe 1 de la directive 2009/73/CE

³¹⁴ Article 15, paragraphe 2, d) de la directive 2009/73/CE

³¹⁵ Article 15, paragraphe 3 de la directive 2009/73/CE

³¹⁶ Article 15, paragraphe 2, c) de la directive 2009/73/CE

³¹⁷ Audition, ouverte à la presse, conjointe avec la Délégation à l'Union européenne, de M. Andris Piebalgs, commissaire européen chargé de l'énergie, disponible sur <http://www.assembleenationale.fr/13/cr-cpro/07-08/c0708025.asp>

Après avoir réagi d'abord très défavorablement, la Commission européenne a ensuite posé en février 2008, sous la pression de huit Etats membres, des conditions permettant de rendre acceptable une troisième voie. Cette troisième voie repose sur deux ensembles de mesures. Le premier pilier (mesures organisationnelles et relatives à la gouvernance du GRT) présente en lui-même une vraie alternative à la séparation patrimoniale. La France, la Bulgarie et ses partenaires ont cependant estimé qu'il faut aller plus loin pour garantir le niveau des investissements et l'intégration des marchés. La voie alternative comporte donc un deuxième pilier de mesures importantes pour répondre à ces enjeux : mesures relatives aux investissements, à la connexion au réseau de nouvelles capacités de production et l'intégration des marchés par la coopération régionale.

Beaucoup moins bureaucratique que le modèle ISO, cette solution répond à la nécessité d'une forte régulation, par l'Etat et le régulateur national, qu'implique le caractère stratégique des réseaux. Dans ce cadre, aucune clause particulière concernant l'accès des pays tiers aux réseaux n'est plus nécessaire³¹⁸.

Il ressort du chapitre V de la directive 2009/72 et du chapitre IV de la directive 2009/73 qu'à la différence du modèle ISO, le modèle dit « ITO » (gestionnaire de réseau de transport indépendant) n'impose pas la séparation entre l'entité propriétaire des infrastructures de réseau de transport et l'entité chargée de la gestion de ces mêmes infrastructures.

Le modèle du gestionnaire de réseau de transport indépendant est introduit par deux groupes de dispositions régissant d'un côté la gestion de réseaux de transport et d'autre le développement du réseau et le pouvoir de prendre des décisions d'investissement.

i. La gestion des réseaux de transport

Selon l'article 17 des deux directives les GRT doivent être dotés de tous les moyens humains, matériels et financiers de l'entreprise verticalement intégrée, nécessaires pour le fonctionnement usuel du réseau de transport.

³¹⁸ M. POLLITT « The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks. » *op.cit.* p 26

Les ressources financières doivent être gardées disponibles pendant un temps suffisant pour la réalisation des futurs projets d'investissement. Le détachement de personnel et la prestation de services, entre le GRT et une quelconque société de l'entreprise verticalement intégrée, exerçant des activités de production ou de fourniture, doit être soumis à l'approbation des autorités nationales de régulation afin d'exclure les problèmes de concurrence faussée et de conflits d'intérêts.

Chaque gestionnaire de réseau de transport indépendant est responsable, à côté des obligations énumérées à l'article 12 de la Directive 2009/72 et à l'article 13 de la Directive 2009/73, d'octroyer l'accès à des tiers et la gestion de cet accès en veillant à éviter toute discrimination entre utilisateurs ou catégories d'utilisateurs du réseau; la perception de toutes les redevances liées au réseau de transport, y compris les redevances d'accès, les coûts d'ajustement pour les services auxiliaires tels que l'achat de services (coûts d'ajustement, énergie pour compensation des pertes); l'exploitation, la maintenance et le développement d'un réseau de transport sûr et efficace, notamment du point de vue économique; la programmation des investissements en vue de garantir à long terme la capacité du réseau de répondre à une demande raisonnable et de garantir la sécurité d'approvisionnement; la création de coentreprises appropriées, y compris avec un ou plusieurs gestionnaires de réseaux de transport, une ou plusieurs bourses d'échange d'électricité, les autres acteurs pertinents ayant pour objectif de développer des marchés régionaux ou de faciliter le processus de libéralisation; on doit ajouter tous les services assurés aux entreprises, y compris les services juridiques et les services de comptabilité et des technologies de l'information.

Le propriétaire de réseau de transport coopère dans la mesure du possible avec le gestionnaire notamment en lui fournissant toutes les informations utiles³¹⁹. Concernant le financement l'article 17 introduit encore une garantie de l'autonomie en proclamant que

« sans préjudice des décisions prises par l'organe de surveillance conformément à l'article 20, les ressources financières

³¹⁹ Article 13, paragraphe 5, a) de la directive 2009/72/CE

appropriées pour des projets d'investissement futurs et/ou pour le remplacement des actifs existants sont mises à disposition du gestionnaire de réseau de transport en temps voulu par l'entreprise verticalement intégrée à la suite d'une demande appropriée du gestionnaire de réseau de transport. »

En d'autres termes, l'entreprise intégrée finance les investissements décidés par le gestionnaire et approuvés par l'autorité de régulation, ou donne son accord à leur financement par toute partie intéressée, assure la couverture de la responsabilité relative aux actifs du réseau, à l'exclusion de la responsabilité liée aux tâches du gestionnaire de réseau indépendant et fournit des garanties pour faciliter le financement de toute extension du réseau³²⁰.

A côté de ce groupe de dispositions garantissant l'autonomie de gestionnaire, la Commission introduit encore un groupe qui garantit l'indépendance du gestionnaire.

Le GRT dispose de pouvoirs de décision effectifs, indépendamment de l'entreprise intégrée, en ce qui concerne les éléments d'actifs nécessaires pour assurer l'exploitation, l'entretien et le développement du réseau, sans préjudice des droits de supervision économique et de gestion de la société mère concernant le rendement des actifs d'une filiale³²¹. La société mère peut approuver le plan financier annuel du gestionnaire de réseau de transport et plafonner globalement le niveau d'endettement de sa filiale. En revanche, elle ne peut pas donner d'instructions au sujet de la gestion quotidienne. Les comptes des GRT doivent être vérifiés par un auditeur différent de celui de l'entreprise intégrée verticalement et de toutes ses sociétés affiliées.

Le GRT doit avoir sa propre dénomination, sensiblement différente de l'entreprise intégrée verticalement, avec une politique commerciale, une communication et des locaux distincts.

Afin de garantir l'indépendance de la gestion du GRT, l'autorité de régulation ou toute autre autorité publique nationale compétente dispose d'un droit

³²⁰ Article 13, paragraphe 5, b) de la directive 2009/72/CE

de veto sur les décisions concernant la nomination et la cessation prématurée des fonctions du directeur général et des membres du directoire du GRT, si de sérieux doutes surgissent quant à leur indépendance professionnelle. Ces dirigeants ne peuvent avoir aucun intérêt ni peuvent recevoir une quelconque indemnité d'aucune société affiliée à l'entreprise verticalement intégrée autre que le GRT. Leur rémunération ne doit pas dépendre d'autres activités de l'entreprise verticalement intégrée que celles du GRT. Ils ne peuvent assumer aucune responsabilité, directement ou indirectement, dans la gestion quotidienne d'une autre branche de l'entreprise verticalement intégrée. Après la cessation de leur activité au sein du GRT, ils ne pourront participer à aucune structure de l'entreprise verticalement intégrée, exerçant des fonctions de production ou de fourniture pour une période d'au moins trois ans.

Les conseils de surveillance et conseils d'administration des GRT sont soumis à des règles répondant à des exigences similaires. Ils doivent comporter des membres indépendants, nommés pour un mandat d'au moins cinq ans, après approbation par l'autorité de régulation ou toute autre autorité nationale publique compétente. Leurs présidents ne doivent participer à l'activité d'aucune branche de l'entreprise intégrée verticalement, exerçant des fonctions de production ou de fourniture³²².

Parmi les dispositions originales de la troisième voie, figure la création d'un « officier de conformité » indépendant (il n'est désigné et révoqué par le directeur général ou le directoire qu'après approbation préalable de l'autorité de régulation), chargé de suivre la mise en œuvre du programme d'engagements établi par les GRT pour garantir que toute pratique discriminatoire est exclue. Ce programme énumère les obligations spécifiques imposées aux employés pour atteindre cet objectif. Il est soumis à l'approbation de l'autorité de régulation ou de toute autre autorité

³²¹ Article 13, paragraphe 5, c) de la directive 2009/72/CE

³²² E.CABAU, A. DOHERTY, F.ERMACORA, F.GRAPER, Ch.JONES, Ch. SCHOSER, O.SILLA, W.WEBSTER *EU Energy Law. The Internal energy market. The Third Liberalisation Package*, Leuven, CLAYES et CASTEELS, 2010 p.169

publique compétente, qui peut imposer des sanctions en cas de d'application inappropriée du programme d'engagements³²³.

L'officier de conformité doit avoir la possibilité de s'adresser régulièrement au conseil de surveillance/conseil d'administration du GRT, de l'entreprise verticalement intégrée, ainsi qu'aux autorités de régulation, et d'assister à toutes les séances qui portent sur les domaines suivants : les conditions d'accès et de raccordement au réseau³²⁴, y compris la collecte de redevances d'accès, de congestion, et les paiements au titre du mécanisme de compensation inter-GRT, les projets entrepris afin d'exploiter, de maintenir et de développer le réseau de transport, y compris les investissements dans les interconnexions et les raccordements³²⁵; les règles d'équilibrage, y compris celles concernant les réserves de puissance ; les achats d'énergie afin de couvrir les pertes³²⁶. Au cours de ces séances, il doit empêcher que des informations sur l'activité de producteurs ou de fournisseurs, qui peuvent être commercialement avantageuses, ne soient divulguées de manière discriminatoire au conseil de surveillance/conseil d'administration³²⁷.

En conclusion on pourrait dire que par rapport aux dispositions des directives 2003/54/CE et 2003/55/CE, le niveau et le détail des exigences d'indépendance sont renforcés dans ce nouveau modèle. En effet, ce modèle se distingue par l'accroissement des exigences applicables aux gestionnaires de réseaux de transport. Ces dernières portent sur les moyens propres du gestionnaire de réseau de transport, la gouvernance d'entreprise, les relations avec l'entreprise verticalement intégrée, la garantie des intérêts professionnels des dirigeants et des personnels du gestionnaire de réseau de transport, le contrôle des investissements, ainsi que la mise en place d'un programme d'engagement dont le respect est surveillé par un cadre chargé du respect des engagements, qui se doit d'être indépendant.

Ces nouvelles exigences entraineront d'importantes modifications dans le fonctionnement des gestionnaires de réseaux de transport.

³²³ Ibid. p.173-174

³²⁴ Article 21, paragraphe 8, a) de la directive 2009/72/CE

³²⁵ Article 21, paragraphe 8, b) de la directive 2009/72/CE

³²⁶ Article 21, paragraphe 8, c) de la directive 2009/72/CE

³²⁷ Article 21, paragraphe 9, de la directive 2009/72/CE

ii. Le développement du réseau et le pouvoir de prendre des décisions d'investissement

Les GRT doivent élaborer chaque année un plan de développement à dix ans du réseau de transport et prévoir des mesures efficaces afin de garantir l'adéquation du réseau aux besoins et la sécurité de l'approvisionnement, en indiquant aux acteurs du marché les principales infrastructures de transport qui doivent être construites au cours des dix prochaines années, rappelant les investissements déjà décidés et identifiant les nouveaux investissements pour lesquels une décision de mise en œuvre doit être prise dans les trois prochaines années³²⁸.

L'autorité nationale compétente examine si ce plan de développement à dix ans du réseau de transport couvre les besoins d'investissement qu'elle a identifiés en concertation avec les différents acteurs, et peut obliger le GRT à modifier son plan.

Si le GRT refuse de mettre en œuvre un investissement particulier devant être réalisé dans les trois prochaines années, les Etats membres veillent à ce que l'autorité de régulation ou toute autre autorité publique compétente ait la compétence pour l'une des mesures suivantes :

- soit demander par tous les moyens légaux que le GRT exécute ses obligations d'investissement en utilisant ses propres capacités financières ;

- soit inviter des investisseurs tiers à présenter leurs propositions pour un investissement nécessaire dans le réseau ; l'autorité compétente peut obliger le GRT à approuver le financement par une tierce partie, à donner son accord à la réalisation du projet par une tierce partie ou à réaliser lui-même le projet et à exploiter les nouveaux ouvrages³²⁹.

Les modalités financières de ces projets seront soumises à l'approbation de l'autorité de régulation ou de toute autre autorité nationale compétente. La réglementation tarifaire doit permettre une couverture des coûts de ces investissements.

³²⁸ E.CABAU, A, DOHERTY, F.ERMACORA, F.GRAPER, Ch.JONES, Ch, SCHOSER, O.SILLA, W.WEBSTER *EU Energy Law* Op.cit. p.175-178

³²⁹ Article 22 de la directive 2009/72/CE

Enfin, le dernier volet de la troisième voie vise à favoriser le raccordement de nouvelles centrales au réseau de transport³³⁰ en obligeant les GRT à publier des procédures transparentes, efficaces et non discriminatoires, soumises à l'approbation des autorités de régulation nationales ou de toute autre autorité publique nationale compétente. Ils ne doivent pas être autorisés à refuser le raccordement d'une nouvelle centrale au motif d'une éventuelle limitation des capacités des réseaux, ni à refuser un nouveau point de connexion, au seul motif que cela conduirait à des coûts supplémentaires liés à l'augmentation de capacité nécessaire pour le raccordement au réseau³³¹.

§ 2 Les mutations des gestionnaires de réseaux de distribution

L'exigence de séparation patrimoniale ne porte que sur le transport et pas sur la distribution. D'une part le risque de discrimination en ce qui concerne l'accès des tiers et les investissements est moindre que pour le transport : l'influence des structures de production et les congestions y sont plus faibles. D'autre part, la séparation fonctionnelle des GRD, rendue obligatoire par la directive 2003/54/CE, ne l'est que depuis le 1^{er} juillet 2007. Ses effets sur le marché intérieur doivent donc encore être évalués. Le législateur européen se concentre seulement sur les dissociations juridique, comptable et gestionnaire³³².

§§ 1 Séparation juridique et comptable

Selon l'article 26, paragraphe 1 de la directive 2009/72 et de la directive 2009/73,

« Lorsque le gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il est indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution. Ces règles ne créent pas d'obligation de séparer la propriété des actifs du

³³⁰ Article 23 de la directive 2009/72/CE

³³¹ E.CABAU, A, DOHERTY, F.ERMACORA, F.GRAPER, Ch.JONES, Ch, SCHOSER, O.SILLA, W.WEBSTER *EU Energy Law* Op.cit. p.179-182

³³² Ibid. p.183

gestionnaire de réseau de distribution, d'une part, de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part. »

Selon cet article, les gestionnaires de distribution doivent être constitués comme des entreprises juridiquement distinctes, qui peuvent être des filiales d'une compagnie verticalement intégrée. A l'époque du deuxième paquet, cette approche a été un compromis entre ceux qui soutiennent la nécessité de la séparation patrimoniale et ceux qui estiment que la séparation comptable et / ou gestionnaire serait suffisante³³³.

On peut soutenir que l'exigence de séparation juridique en fait ajoute peu à l'obligation de veiller à la séparation de la gestion fonctionnelle de l'activité de réseau. Au cas où la gestion des opérations de réseau est déjà vraiment distincte, le fait que l'entité en question est une filiale juridiquement distincte ou une unité d'affaires distincte d'une entreprise verticalement intégrée ne revêt pas une grande importance. Toutefois, il est clair que la Commission a considéré qu'une véritable valeur ajoutée existait dans la création d'une filiale distincte. En particulier, elle a estimé que si le gestionnaire de réseaux de distribution représente une société distincte, les employés auront une identité commerciale claire et distincte, ce qui renforcerait leur capacité et leur volonté de penser et d'agir indépendamment des intérêts commerciaux de la société mère, en particulier au niveau de la gestion³³⁴.

Dans cette même optique on peut noter que la dernière phrase de l'article 26, paragraphe 1 des deux directives, selon laquelle il n'existe aucune obligation « *de séparer la propriété des actifs du gestionnaire de réseau de distribution, d'une part, de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part* », devrait être lue à la lumière du paragraphe 2, lettre c du même article, qui décrit les mesures nécessaires pour veiller à ce que le gestionnaire de réseau de distribution ait les droits assurant la gestion, le fonctionnement efficace, la maintenance et la modernisation des actifs du réseau, lorsque ces biens restent la propriété de la société mère. Ainsi, la propriété réelle des actifs peut demeurer à l'entreprise verticalement intégrée, mais le gestionnaire de distribution doit avoir le droit exclusif de décider de leur utilisation.

³³³ Ibid. p.190

En même temps on est obligé de noter que selon le texte de l'article 29 et l'article 26, paragraphe 1 des deux directives, ne fait pas obstacle à l'exploitation d'un réseau combiné de transport et de distribution par un même gestionnaire.

Sans doute, un tel « gestionnaire de réseau combiné » doit se conformer aux règles de séparation des gestionnaires de réseaux, soit la séparation de propriété, soit les deux autres alternatives – ISO ou ITO. Dans la pratique, cela signifie qu'un GRT qui est conforme aux exigences de la séparation patrimoniale pourrait combiner les activités de transport, de GNL, de stockage et de distribution. Une exception naturelle à la nécessité d'un « opérateur de réseau combiné » de se conformer aux règles de séparation, relève des dispositions de l'article 44, paragraphe 2 concernant les dérogations par rapport à Chypre, au Luxembourg et à Malte.

Les secteurs électrique et gazier, à l'instar d'autres secteurs libéralisés sont soumis également à des obligations de séparation comptable. Selon la logique de la directive cette obligation sera d'une part une garantie contre la subvention croisée et, d'autre part, une garantie que les tarifs reflètent les coûts. En même temps on doit noter que même si les dispositions relatives à la libéralisation sont très proches pour l'électricité et le gaz naturel, le contenu de l'obligation de la séparation comptable n'est pas tout à fait identique.

Selon l'article 31 de la Directive 2009/72, dans le secteur de l'électricité le gestionnaire de réseau de distribution doit tenir des comptes séparés dans la comptabilité interne des entreprises pour les activités de production, de transport, de distribution et le cas échéant, des comptes consolidés pour d'autres activités en dehors du secteur de l'électricité.

Dans ce contexte, dans le secteur du gaz naturel, deux différences doivent être soulignées. La première a trait aux activités concernées par la dissociation comptable. La directive impose que des comptes séparés soient tenus pour les activités de transport, de distribution et de stockage de gaz naturel, le cas échéant, des comptes consolidés pour les activités non liées au gaz. En analysant le texte de

³³⁴ Ibid.

la disposition on pourrait constater l'absence de l'activité de la production. Certes comme on peut constater que cette activité n'est pas visée par la directive 2009/73, mais en même temps elle figure dans la notion d'une entreprise intégrée ce qui ne permet pas d'exclure l'existence de subventions croisées entre les différentes activités d'une telle entreprise. La seconde différence réside dans l'obligation de définir des règles d'imputation stables de nature à permettre des comparaisons d'exercices comptables faibles. C'est pourquoi la directive exige dans le paragraphe 5 de l'article 31 que les entreprises précisent en annexe de leurs comptes annuels les règles d'imputation des postes d'actif et de passif et des charges et recettes qu'elles appliquent pour établir les comptes séparés précédemment évoqués. Dans un souci de stabilité et de transparence, ce même paragraphe pose que ces règles internes ne peuvent être modifiées qu'à titre exceptionnel. Ces modifications sont indiquées et dûment motivées.

Toutefois, il semble que ces exigences ne soient pas suffisantes pour faire face à l'ensemble des enjeux présents dans le secteur de l'électricité et du gaz. Pour que l'action menée ex ante soit efficace, il faut accroître la surveillance des opérateurs.

§§ 2 Séparation gestionnaire

Même si les séparations juridiques et comptables sont importantes, l'élément clé pour garantir que les gestionnaires de réseaux de distribution agissent de façon indépendante, en l'absence de séparation patrimoniale, est la dissociation de la gestion³³⁵. Une pareille exigence figurait déjà dans la première directive sur le marché intérieur de l'électricité, mais sans précisant ce que cela signifiait. Ainsi la marge de manœuvre qui résulte de cette incertitude a conduit à de nombreuses formes de dissociation de la gestion. Dans cet aspect les directives suivantes présentent un progrès significatif non seulement par rapport à la dissociation de la gestion, mais elles fournissent également un certain nombre d'exigences spécifiques qui doivent être remplies.

a. La définition de la séparation gestionnaire

³³⁵ E.CABAU, A, DOHERTY, F.ERMACORA, F.GRAPER, Ch.JONES, Ch, SCHOSER, O.SILLA, W.WEBSTER *EU Energy Law* Op.cit. p.191

Selon l'article 26, paragraphe 1 des deux directives en plus de l'exigence de la séparation juridique les gestionnaires de réseaux de distribution doivent être séparés également en fonction de leur "*organisation et de la prise de décision*". Ce sont les deux concepts clés dans la compréhension de la nécessité d'assurer une gestion efficace dissociée.

Ainsi selon le législateur européen si le gestionnaire, partie d'une entreprise verticalement intégrée, doit gérer le réseau de distribution d'une manière indépendante par rapport aux autres activités de la société mère, il faut d'abord doter ce gestionnaire d'un processus décisionnel autonome. Cette autonomie garantit avant tout que les décisions sont prises par une équipe de gestion distincte, sur la base de l'intérêt commercial de l'entreprise de réseau, et non du groupe dans son ensemble. En d'autres termes, les droits de surveillance financière que la société mère doit nécessairement avoir sur l'exploitation de ses actifs mis à part, elle doit, *de facto*, sortir de la gestion de l'entreprise de réseau.

En plus de la question de la prise de décision, l'article exige une «organisation» distincte. Et comme cette exigence est mentionnée séparément de la question de la prise de décision, on peut conclure qu'on parle d'une séparation organisationnelle de l'activité de réseaux en termes de locaux, services et infrastructures.

En même temps, il ne semble pas logique d'interpréter cette disposition comme une obligation absolue de veiller à ce qu'aucune coordination ou coopération n'existent, mais qu'une approche raisonnable doit être prise, en séparant les services et les locaux d'une manière appropriée pour assurer une indépendance effective. La question est traitée d'une manière pareille par la Commission dans son document interprétatif sur les régimes de séparation sous l'empire du troisième paquet législatif. Suivant ce document :

« An important question in the context of management separation is the extent to which it is permissible to have common services, i.e. services that are shared between transmission/distribution, supply and possibly other businesses within

the vertically integrated undertaking. Such services could relate to personnel and finance, IT services, accommodation and transport.

It is appropriate to look at this issue on a case-by-case basis.

Under Article 26(2) (c) Electricity and Gas Directives the DSO must have at its disposal the necessary resources, including human, technical, physical and financial resources, in order to fulfill its tasks of operating, maintaining and developing the network. This means that the DSO cannot unduly rely on the services of other parts of the vertically integrated undertaking, as the DSO itself must have the necessary resources at its disposal to operate, maintain and develop the network. Provision of services by other parts of the vertically integrated undertaking to the DSO will therefore be limited. Where such services are provided, conditions should be fulfilled to reduce competition concerns and to exclude conflicts of interest. In particular, any cross-subsidies being given by the DSO to other parts of the vertically integrated undertaking cannot be accepted. To ensure this, the service must be provided at market conditions and laid down in a contractual arrangement.

It is recalled that the DSO is not entitled to provide any services to the related ITO (Article 17(1) (c) Electricity and Gas Directives) »³³⁶

Il convient de souligner que, bien que, dans le cadre du troisième paquet, la règle ne soit pas changée en substance, sa mise en œuvre dans la pratique a été considérablement renforcée avec les pouvoirs généraux dévolus à l'autorité de régulation nationale.

b. Les éléments de la séparation gestionnaire selon les directives

En plus de cette définition générale, les articles mentionnés ci-dessus introduisent cinq critères spécifiques qui doivent être respectés en ce qui concerne

³³⁶ Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – The unbundling regime point 3.3.1

la séparation gestionnaire: gouvernance indépendante, séparation des intérêts professionnels, autonomie des actifs, existence d'un agent de conformité et un programme de conformité et enfin interdiction de tirer profit de l'intégration verticale pour fausser la concurrence, en particulier en ce qui concerne l'identité distincte de la branche d'approvisionnement de l'entreprise verticalement intégrée. Ces critères méritent quelques observations et clarifications.

En première place, concernant l'indépendance des gestionnaires, l'article 26, paragraphe 2, lettre a) prévoit que

« les personnes responsables de la gestion du gestionnaire de réseau de distribution ne doivent pas faire partie des structures de l'entreprise intégrée d'électricité qui sont directement ou indirectement chargées de la gestion quotidienne des activités de production, de transport ou de fourniture d'électricité »,

En analysant ce texte, on doit noter que l'expression «les personnes responsables de la gestion», utilisée par le législateur, n'est pas définie. Elle doit donc être interprétée à la lumière des objectifs visés par les dispositions générales. Ainsi, on peut conclure que le texte s'applique à toutes les personnes, employées par le gestionnaire du réseau de distribution qui jouent un rôle important dans les décisions commerciales pertinentes concernant l'exploitation de l'entreprise. On peut constater une pareille compréhension dans la note d'interprétation de la Commission européenne sur la séparation qui stipule que :

« Article 26 does not restrict the group of persons responsible for the management of the DSO to the top management, such as members of the executive management and/or members of a board having decision-making powers. Article 26 addresses a wider group of persons, including the operational (middle) management of the DSO. »³³⁷

La question suivante qui devrait être abordée dans ce contexte est la définition de l'expression « *les structures de l'entreprise intégrée ...directement ou*

³³⁷ Ibid. point 3.3.1

indirectement chargées de la gestion quotidienne ». A cet égard, on soutient qu'une distinction doit être établie entre le conseil d'administration de l'entreprise verticalement intégrée et le Conseil d'administration des filiales responsable de la distribution. Par rapport à cette question dans sa note d'interprétation sur la séparation la Commission dispose :

*« As a consequence, a manager of the DSO cannot at the same time be a director of the related transmission, supply or production company, or vice versa. Whether and to what extent a manager of the DSO can work at the same time for the holding company of the vertically integrated undertaking if the holding company is not at the same time directly involved in production or supply, because legally separate entities exist for these activities, must be decided on a case-by-case basis. In any event, such a combination of functions can only be permissible if the holding company does not take any day-to-day management decisions concerning the supply, production or network activity. »*³³⁸

L'article 26, paragraphe 2, lettre b) des deux directives de son côté prévoit que

« des mesures appropriées doivent être prises pour que les intérêts professionnels des responsables de la gestion du gestionnaire de réseau de distribution soient pris en considération de manière à leur permettre d'agir en toute indépendance ».

En analysant le texte de la disposition, on peut conclure que le simple fait qu'une gestion identifiable est nommée ne garantit pas qu'elle agisse de manière indépendante. On exige que les intérêts professionnels des gérants de l'entreprise de réseaux de distribution soient organisés de manière à ce que les gérants soient susceptibles d'agir d'une manière favorable aux intérêts de la société mère. Malheureusement il n'existe aucune exigence spécifique sur la méthode de réalisation de cet objectif. Toutefois, la note interprétative sur la séparation indique

³³⁸ Ibid. point.3.3.1

que le législateur européen croit que les trois questions suivantes doivent être abordées :

« Independence of the persons responsible for the network management may be put into jeopardy by their salary structure, notably if their salary is based on the; performance of the holding company or of the production or supply company, as this may create conflicts of interest. Also the transfer of managers from the DSO to other parts of the company and vice versa may entail a risk of conflicts of interest and requires rules and measures safeguarding independence. Conflicts of interest for the network management may also arise if the DSO directly or indirectly holds shares in the related supply or production company and obtains a financial interest in its performance. Likewise, the issue of shareholding on a personal basis of the managers of the DSO can give rise to concerns as far as independence of management is concerned. Decisions of the parent company to replace one or more members of the management of the DSO may also undermine the independence of the DSO in certain circumstances, notably if the reasons for replacement of members of the management have not been established beforehand in the charter of the DSO »³³⁹

Ainsi, les directives précisent que le rôle de la société mère est limité à l'approbation du plan financier annuel ou de tout document équivalent et, partant, à fixer « des limites globales sur les niveaux d'endettement ». Cependant, une fois ce plan annuel approuvé, la société de réseau doit avoir un contrôle complet et gratuit sur la gestion de l'entreprise. Ceci est confirmé dans la note d'interprétation de la Commission précitée au paragraphe 3.3.2. :

« regarding the limits of the supervision rights, the Directives are equally clear: any detailed day-to-day oversight of the network function by parts of the vertically integrated undertaking other than the DSO is not permitted. Also instructions regarding decisions on the

³³⁹ Ibid. point 4.2.1

construction or upgrading of the network, if these decisions stay within the terms of the approved financial plan, are not permitted. »

Cela ne signifie pas, cependant, que la société mère ne peut avoir aucune influence sur les décisions de la filiale du réseau en ce qui concerne les projets d'infrastructure à venir. Dans la pratique il est d'usage que, avant de déposer les plans d'investissement annuels, l'entreprise de réseau lance des discussions approfondies avec ses clients, et notamment avec les vendeurs d'électricité et de gaz. Toutefois, de telles discussions doivent avoir lieu avec toutes les entreprises sur une base non discriminatoire.

Enfin, à côté des dispositions garantissant la séparation des intérêts professionnels, les directives prévoient également une règle générale selon laquelle le gestionnaire de réseau de distribution doit disposer de pouvoirs décisionnels indépendamment de l'entreprise intégrée, en ce qui concerne les actifs nécessaires pour exploiter, entretenir ou développer le réseau.

Il ressort du texte de l'article 26, paragraphe 2, lettre c) que le propriétaire doit donc être un simple récepteur passif du dividende versé à l'entreprise par le gestionnaire de réseau, alors que ce dernier dispose d'une indépendance par rapport aux activités quotidiennes. Cela est précisé dans la note interprétative sur la séparation, qui stipule que :

«Where another part of the vertically integrated undertaking remains the owner of the assets and puts these at the disposal of the DSO, the basic decisions concerning the assets must remain with the DSO, while the other part of the vertically integrated undertaking may be involved in the implementation of these decisions, provided that safeguards are put in place ensuring that the other part of the vertically integrated undertaking only executes the decisions taken by the DSO. »³⁴⁰

En se fondant sur cette analyse on peut conclure que l'organisation des activités de réseaux est envisagée en vue d'une mutation importante de leur

³⁴⁰ Ibid. point 3.3.2

structure qui modifie profondément l'appréciation de l'activité. Ces modifications se reflètent également sur la délimitation des marchés pertinents.

SECTION 2

La reconnaissance et l'évolution des activités de réseaux comme des marchés pertinents

Le processus de la libéralisation entraîne logiquement un changement significatif de l'appréciation des marchés pertinents. L'introduction de la concurrence permet à des nouveaux entrants d'accéder aux activités jusque là réservées, en partie ou totalement, aux opérateurs historiques. L'organisation qui en résultera devra donc refléter cette ambition et ces préoccupations en modérant et en encadrant une nouvelle structure de l'offre et de la demande.

Dans ce sens en parlant de la reconnaissance des activités de réseaux comme des marchés pertinents, il paraît convenable, au début, de définir la notion même de réseaux, avant d'étudier les évolutions sous l'impact des opérations concentratives.

En se référant aux réflexions sur la méthodologie expliquée dans le chapitre précédent, on peut décrire le processus de l'encadrement des marchés pertinents sous deux aspects- sous l'aspect du marché de produits et sous l'aspect géographique.

§ 1. Les marchés de produits pertinents

Il est évident que pour pouvoir bien encadrer le marché de produits et montrer son évolution, l'étude qui suit devra tenir compte de la distinction entre le gaz et l'électricité.

§§ 1. Les marchés de produits dans le secteur d'électricité

Le transport et la distribution en tant qu'activités d'amont ont été identifiés à leur tour par la Commission comme des marchés de produits distincts.

La Commission a d'abord défini un marché de distribution d'électricité qui couvrait les activités de distribution au sens strict et l'activité de fourniture³⁴¹. Puis, elle a distingué la production et le transport de l'électricité. Selon la Commission les deux activités constituent des fonctions distinctes, faisant appel à des compétences techniques spécifiques et à des infrastructures différentes³⁴². En isolant la fourniture, la Commission a depuis sa décision EDF/London Electricity considéré qu'il existait deux marchés distincts pour la distribution et le transport d'électricité. Selon elle le marché du transport recouvre les activités d'acheminement à haute tension de l'électricité³⁴³. Toutefois, cette fonction ne se limite pas au transport et comporte la gestion de groupes de production éparpillés sur un réseau de façon à maintenir la tension et la fréquence nécessaires et à éviter l'écroulement du système. Le marché du transport constitue un monopole naturel dans la mesure où la concurrence sur ce segment reviendrait à reproduire le réseau existant³⁴⁴.

De son côté le marché de la distribution est défini comme englobant les activités de l'acheminement de l'électricité à basse tension³⁴⁵. Comme dans le cas du marché du transport, il est généralement considéré comme un monopole naturel et, de la même manière, l'introduction de la concurrence sur ce segment se traduirait par une multiplication des lignes.

§§ 2. Les marchés de produits dans le secteur des hydrocarbures

Aux notions de transport et de distribution correspondent, en droit communautaire et en droit français, des définitions dont les caractéristiques ne diffèrent pas de celles précédemment évoquées pour le secteur de l'électricité.

En droit communautaire, le transport de gaz naturel est défini comme étant le

³⁴¹ Décision de la Com. du 5.05.1994, aff. n° IV/M.417 *Viag/Bayernwerk*

³⁴² Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II) – point 29

³⁴³ Décision de la Com. du 21.12.2005, aff. n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*,

³⁴⁴ *Ibid.*, considérant 212

³⁴⁵ *Ibid.* Considérant 215

« transport de gaz naturel via un réseau de gazoducs à haute pression autre qu'un réseau de gazoducs en amont, aux fins de fourniture à des clients »³⁴⁶.

Cette définition a fait l'objet de modifications successives. Initialement, on entendait par transport,

« le transport de gaz naturel par gazoducs à haute pression aux fins de fourniture à des clients »³⁴⁷.

La volonté de distinguer le régime juridique des gazoducs en amont du reste du réseau de transport a conduit à exclure du champ du transport ces derniers pour leur donner une définition propre.

Les mêmes remarques que celles formulées précédemment pour l'électricité peuvent être reprises ici. Précise sur l'objet du transport, la définition l'est moins sur le périmètre du réseau. En accordant un rôle plus large aux États membres, des divergences entre les différentes législations sont susceptibles d'apparaître. Toutefois, les conséquences qui pourraient en résulter sont faibles puisque les obligations qui pèsent sur les transporteurs et les distributeurs sont, au moins pour la première directive de 1998, très similaires, contrairement à l'électricité.

Il faut entendre par distribution, au niveau communautaire, *« le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de réseaux locaux ou régionaux de gazoducs aux fins de fourniture à des clients »³⁴⁸*. Définie une nouvelle fois selon sa finalité, la fourniture de gaz à des clients est toutefois appréhendée de manière spécifique par rapport au transport de gaz ou au transport et à la distribution d'électricité. En effet, ces autres notions avaient été définies soit par un niveau de pression, soit par un niveau de tension, haute, moyenne ou basse. Or la distribution gazière ne s'entend pas comme l'ensemble des gazoducs à moyenne ou basse pression, comme une lecture *a contrario* de la définition du transport pourrait laisser penser. Au contraire, c'est le caractère local ou régional qui détermine cette qualification. On

³⁴⁶ Article 2, 3^{ème} point, de la directive 98/30/CE. La directive 2003/55/CE a complété cette définition en ajoutant la phrase suivante : *« mais ne comprenant pas la fourniture »*.

³⁴⁷ Proposition de directive du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JOCE n° C. 65 du 14 mars 1992, p. 14

³⁴⁸ Article 2, point 5, de la directive 98/30/CE. La directive 2003/55/CE a complété cette définition en ajoutant la phrase suivante : *« mais ne comprenant pas la fourniture »*.

peut s'interroger sur la pertinence d'une telle définition, quand on sait que certains réseaux de gazoducs à haute pression, considérés par la directive comme des réseaux de transport, ont une dimension régionale. L'absence de précision de la définition communautaire peut conduire à une situation identique à celle qu'on a évoquée pour l'électricité, à savoir que d'un État membre à l'autre les périmètres respectifs des réseaux de distribution et de transport peuvent varier. Toutefois, et on reviendra ultérieurement sur ce point, les conséquences pour le gaz et pour l'électricité ne sont pas de même nature, puisque les obligations qui pèsent sur les entreprises assurant des fonctions de transport ou de distribution sont pour le moment différentes entre les deux secteurs.

À côté des notions de transport et de distribution, la directive relative au gaz naturel précise encore les contours du concept de « réseau » :

« Tout réseau de transport et/ou de distribution et/ou toute installation de GNL détenu et/ou exploité par une entreprise de gaz naturel, y compris ses installations fournissant des services auxiliaires et celles des entreprises liées nécessaires pour donner accès au transport et à la distribution »³⁴⁹.

Dans la directive du 26 juin 2003, la notion de réseau a été remplacée par celle de « système »³⁵⁰, pour pouvoir y conclure les installations de stockage. On peut constater que cette démarche n'est pas retenue dans la nouvelle directive 2009/73/CE qui de nouveau introduit la notion de réseau.³⁵¹

En même temps on peut constater que cette évolution dans la définition des activités de réseaux est accompagnée d'un profond changement organisationnel.

Reprenant ensuite le cours de la filière gazière, la Commission a très tôt considéré que la distribution et le transport sont deux marchés distincts³⁵². Elle a affiné encore sa définition en déclarant qu'il était possible de différencier, au sein

³⁴⁹ Article 2, point 12 de la directive 98/30/CE

³⁵⁰ « tout réseau de transport, tout réseau de distribution, toute installation de GNL et/ou de stockage exploité par une entreprise de gaz naturel, y compris le stockage en conduite et ses installations fournissant des services auxiliaires et celles des entreprises liées nécessaires pour donner accès au transport, la distribution et le GNL » - art. 2, point 13 de la directive 2003/55/CE

³⁵¹ Article 2, point 13 de la Directive 2009/73/CE

³⁵² *Ibid.*

du transport de gros, le transport de longue distance du transport de courte distance³⁵³.

Toujours dans le secteur du gaz naturel, et quelles que soient les difficultés liées à la définition de la notion de réseau³⁵⁴, il importe de préciser aussi que la Commission considère que le stockage de gaz constitue un marché distinct³⁵⁵. De plus, des marchés plus étroits peuvent exister. En effet la Commission a dans un premier temps laissé ouverte la question de savoir si le stockage de surface et le stockage souterrain appartenaient au même marché, elle a finalement considéré dans sa décision Exxon/Mobil que le stockage souterrain constituait un marché distinct.

§ 2 La dimension géographique des marchés de produits pertinents

Pour les activités directement visées par le processus de libéralisation on peut constater que leur dimension est au maximum nationale, mais le plus souvent elle est considérée comme régionale.

La Commission a considéré le marché de transport comme un marché national. Elle a eu la possibilité de confirmer cette vision dans quelques décisions concernant les marchés de transport de gaz naturel en Finlande³⁵⁶, en Belgique³⁵⁷ et aux Pays – Bas³⁵⁸. Dans son argumentation la Commission a conclu que le réseau de transport est géré de manière nationale et est approvisionné à hauteur des besoins de l'ensemble de la population notamment par l'exécution des contrats d'approvisionnement à long terme. Les compléments négociés sur le marché spot, là où il existe, sont aussi destinés à couvrir les besoins nationaux. D'autre part les réseaux sont, dans une grande mesure, régulés à un niveau national, notamment en ce qui concerne les édicitions et la publication des conditions d'accès censées mettre l'ensemble des opérateurs sur un pied d'égalité. Et enfin, les prix se forment

³⁵³ *Ibid.* points 70 et s.

³⁵⁴ Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence ...* op.cit. p. 63 et s.

³⁵⁵ Décision de la Com. du 1.07.1996, aff. n° IV/M.745 Bayerwerk/Gaz de France

³⁵⁶ Décision de la Com. du 18.11.1997, aff. n° IV/M. 913 Siemens/ Elektrowatt.

³⁵⁷ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II).

³⁵⁸ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/ M.1383 Exxon/Mobil. spéc. point 136.

en conséquence à un niveau national du fait de cette homogénéité des conditions d'approvisionnement, de transport et de distribution.

Dans d'autres cas la Commission a scindé les marchés nationaux en deux, en raison de système de gazoducs. On peut illustrer cette considération par les deux décisions précitées BP Amoco/Arco et Norsk Hydro/Saga, concernant le transport et le traitement du gaz naturel au Royaume – Uni et Norvège.

Quant au marché du transport en gros de longue distance, la Commission, sans arrêter de position définitive, a considéré qu'il devait s'agir des marchés régionaux en Allemagne³⁵⁹. En même temps la Commission a montré dans quelques-unes de ses décisions récentes que cette tendance devrait s'inverser prochainement.

Enfin, on doit noter l'appréciation de la Commission en ce qui concerne le stockage du gaz naturel. Du point de vue géographique, les marchés du stockage ont généralement une dimension locale, en raison notamment des contraintes de transport des produits ainsi que de la concentration de l'activité de distribution des raffineurs autour des zones de localisation de leur raffineries et de leur dépôts de stockage. Cette approche est confirmée premièrement par la pratique suivie dans le passé en la matière par les Autorités françaises de concurrence.

La Commission partage l'avis des Autorités françaises. Suivant son argumentation on peut conclure que le marché géographique des services de stockage se définit comme le lieu où se rencontrent l'offre, constituée par les dépôts « ouverts », c'est-à-dire les dépôts où des capacités de stockage peuvent être louées aux tiers, et la demande, constituée par les opérateurs intéressés à stocker des produits raffinés, ces derniers ne pouvant étendre trop largement leur choix pour des raisons de viabilité économique. En effet, du point de vue de la demande, le choix d'un dépôt de stockage est fonction de la destination finale des produits raffinés. Or, comme un opérateur cherche à louer la capacité de stockage en vue d'approvisionner sa clientèle en aval (à savoir des revendeurs ainsi que des utilisateurs finaux), son choix se porte généralement sur des dépôts situés près de la zone de localisation de cette clientèle, eu égard notamment aux contraintes et

surcoûts résultant du transport des produits. Par conséquent, la substituabilité entre dépôts est géographiquement assez limitée.

Plus précisément, chaque dépôt est susceptible de desservir une certaine zone de chalandise (hinterland), dont le rayon est fonction des coûts de transport à supporter pour l'acheminement du produit vers la destination finale. Ces coûts peuvent évidemment varier selon les différents moyens de transport disponibles. Toutefois, en moyenne, la zone de livraison d'un dépôt s'étend rarement au delà de 150-200 km³⁶⁰. Il ressort de ces considérations que le lieu de confrontation de l'offre et de la demande apparaît géographiquement étroit et peut se limiter à un territoire régional.

³⁵⁹ Décision de la Com. du 13.06.2000, aff. n°COMP/M.1673 VEBA / VIAG

³⁶⁰ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/ M.1383 Exxon/Mobil. spéc. point 264.

TITRE II

LA MOBILITÉ DES ENTREPRISES ÉNERGÉTIQUES

Sans aucun doute l'intégration et l'extension géographique des marchés énergétiques pertinents est une bonne indication. Mais leur présence n'est pas suffisante pour conclure que le marché intérieur de l'énergie est établi. En fait la construction du marché intérieur de l'énergie, qui s'inscrit dans le vaste projet du marché intérieur, exige aussi que les entreprises énergétiques profitent de la possibilité donnée aux opérateurs économiques de circuler, de se mouvoir librement dans la recherche d'une stratégie efficace. Or à une époque marquée fortement par l'idée de l'achèvement du marché intérieur en générale et de celui de l'énergie en particulier, et par la consécration d'un espace intérieur sans frontières³⁶¹, il est étonnant d'observer que les entreprises énergétiques ne bénéficient toujours pas des mêmes droits que les individus.³⁶²

La mobilité des entreprises intra-communautaires laisse place à des débats passionnés qui occultent parfois des principes généraux fondamentaux. Si la mobilité à l'intérieur de la Communauté européenne existe en tant que phénomène, c'est sans doute parce que sa raison d'être et son développement se justifient par rapport aux dispositions prévues par le droit communautaire. Dès le démarrage de la recherche dans le domaine, une première question émerge de l'ensemble des commentaires portant sur la nature même du processus. Etudier les notions de mobilité et d'entreprise, employées pour décrire le phénomène, apparaît une tâche incontournable.

³⁶¹ Cf. l'article 14, alinéa 2 TCE « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité »

³⁶² M.MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2^e éd. Paris, Montchrestien, 2008p.416-417

Dans la doctrine juridique³⁶³ il n’y a pas de vision unitaire sur le concept d’entreprise. Alors que le droit français ne l’accepte pas en tant que concept juridique – même s’il tire des conséquences juridique de l’existence de l’entreprise, le droit communautaire de son côté infléchit dans ce sens et consacre clairement la notion d’entreprises comme concept juridique³⁶⁴. En même temps on doit noter que le concept a subi de multiples évolutions, avant tout sous l’influence de la Cour³⁶⁵, qui ont dessiné ses contours au point qu’il est devenu un concept communautaire en soi.

On peut définir l’entreprise comme un ensemble économique³⁶⁶ doté d’un pouvoir de décision autonome indépendamment de la détention du capital³⁶⁷ ou des règles de tutelle administrative qui lui sont applicable. Il s’agit ainsi d’un ensemble organisé de moyens humains et matériels³⁶⁸ en vue de poursuivre de manière durable un but économique déterminé³⁶⁹, indépendamment de la forme juridique adoptée³⁷⁰.

Cette évolution exerce son influence sur la notion d’entreprise énergétique. Elle peut être défini comme toute personne physique ou morale qui exerce au moins une des fonctions suivants : la production, le transport, la distribution, la fourniture ou l’achat dans le secteur d’énergie et qui assure

³⁶³ W.READER, “Versality Unlimited; Reflection on the History and Nature of the Limited Liability Company”, In; T.ORHNIAL, *Limited Liability and the Corporation*, Acton Society Trust ; London, 1982, p.23, B.LANDJEV, *L’entreprise*, CIELA, 2003, p. 15 et s.

³⁶⁴ J.SCHAPIRA, G.LE TALLEC, J.-B.BLAISE et L.IDOT, *Droit européen des affaires*, Paris, PUF, 1999, p.47 et s

³⁶⁵ La notion d’entreprise même utilisé dans le Traité sur le fonctionnement de l’union européenne, il n’y a pas une définition du terme. A la différence du présent Traité, l’ancien traité CECA, dans son article 80 donne une telle définition. C’est là « les entreprises, au sens du présent traité, sont celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l’acier à l’intérieur des territoires visés à l’article 79, alinéa 1, et, en outre, en ce qui concerne les articles 65 et 66, ainsi que les informations requises pour leur application et les recours formés à leur occasion, les entreprises ou organismes qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente aux consommateurs domestiques ou à l’artisanat »

³⁶⁶ CJCE, 22 juillet 1984, Aff. 170/83, *Hydrotherm c/ Compact*, Rec. 1984-I, p.2999

³⁶⁷ Art.345 TFUE (ex-art.295 TCE)

³⁶⁸ TPI, 17 décembre 1991, aff. T-4/89, *BASF c/Commission*, Rec. 1991-II, p.1523, TPI, 17 décembre 1991, aff. T-6/89, *Enichem Anic c/Commission*, Rec. 1991-II, p.1623, TPI, 17 décembre 1991, aff. 7/89, *Hercules Chemicals c/Commission*, Rec.1991-II, p.1711, TPI, 17 décembre 1991, aff. T-8/89, *DSM c/Commission*, Rec.1991-II, p.1833

³⁶⁹ CJCE, 13 juillet 1962, Aff. 19/61, *Mannesman AG c/Haute Autorité*, Rec. 1962, p.625

³⁷⁰ TPI, 12 décembre 2000, Aff. T-128/98, *Aéroport de Paris*, CJCE, 15 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA*, Rec. 1994-I, p.4013, CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Hofner*, Rec.1991-I, p.1979

les missions commerciales, techniques et/ou d'entretien liées à ces fonctions, à l'exclusion des clients finals.

On doit ajouter à cette définition les notions de gestionnaire des réseaux de transport et de distribution mentionnées dans l'article 2, point 4³⁷¹ et 6³⁷² de la Directive 2009/72/CE.

On peut observer que cette définition tirée de la législation s'explique par l'importance « *attachée par le droit communautaire à la réalité plutôt qu'aux vêtements juridique qui l'habillent* »³⁷³. Or la notion d'entreprise énergétique reste une notion fonctionnelle dont la dimension et l'utilisation ont des paramètres différents.

Et même si selon certains auteurs la définition extensive de l'entreprise n'est pas étrangère à la conception extensive de la société définie à l'article 54 TFUE (ex-article 48 TCE)³⁷⁴, le droit communautaire n'a pas pour autant accordé une personnalité juridique à l'entreprise. Mais on peut observer que pour pouvoir mener une vie juridique indépendante et avoir des droits, l'entreprise est dotée d'un support juridique. Dans le secteur de l'énergie ce support prend toujours la forme d'une société commerciale, encore que dans certaines législations cette forme est obligatoire³⁷⁵. Dans ce sens on peut noter le fait de la restructuration progressive des anciens Etablissements

³⁷¹ «gestionnaire de réseau de transport» toute personne physique ou morale responsable de l'exploitation, de l'entretien et, si nécessaire, du développement du réseau de transport dans une zone donnée et, le cas échéant, de ses interconnexions avec d'autres réseaux, ainsi que de garantir la capacité à long terme du réseau à satisfaire une demande raisonnable de transport d'électricité

³⁷² «gestionnaire de réseau de distribution», toute personne physique ou morale responsable de l'exploitation, de l'entretien et, si nécessaire, du développement du réseau de distribution dans une zone donnée et, le cas échéant, de ses interconnexions avec d'autres réseaux, ainsi que de garantir la capacité à long terme du réseau à satisfaire une demande raisonnable de distribution d'électricité.

³⁷³ S. POILLOT-PERUZZETTO, et M. LUBY, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998, n°161, p.40

³⁷⁴ « Article 54
(ex-article 48 TCE)

Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif »

³⁷⁵ Par exemple l'article 40 de la Loi d'énergie bulgare exige que l'entreprise énergétique pour pouvoir exercer des activités doive être une société commerciale enregistrée selon les dispositions de la Loi commerciale.

Publics à Caractère Industriel et Commercial en sociétés commerciales³⁷⁶ qui de leur côté sont chargées d'un service public.

On peut conclure que l'entreprise énergétique doit être obligatoirement définie par rapport à son activité économique³⁷⁷, mais également par le critère d'unité d'organisation comme une société commerciale.

Quant à la mobilité, le concept procède de l'idée de déplacement des structures de l'exploitation. Cette signification correspond d'ailleurs au sens premier du terme selon lequel la mobilité est « *le caractère de ce qui peut se mouvoir ou être mû, changer de place, de position* »³⁷⁸. Ainsi les sociologues discutent de la mobilité sociale³⁷⁹ et les économistes traitent de la mobilité de la main-d'œuvre, des activités ou du capital. Dans le domaine juridique, on peut constater que les discussions à propos de la mobilité se situent avant tout sur la problématique de la mobilité des salariés et lorsque certains auteurs³⁸⁰ s'aventurent à appliquer le terme de mobilité aux sociétés, ils ne le font qu'avec prudence sans s'attarder sur la notion, comme il ne s'agissait pas d'un véritable concept juridique³⁸¹

Si on tourne le regard vers le droit communautaire, on constate que, même s'il n'utilise pas le terme exact, il implique le concept de mobilité. En

³⁷⁶ Depuis sa création en 1946 (loi n°46-628 du 8 avril 1946), EDF avait le statut d'EPIC (Etablissement Public à Caractère Industriel et Commercial).

La loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières ainsi que son décret d'application (Journal Officiel du 19 novembre 2004) ont transformé EDF en Société Anonyme à Conseil d'administration. Son Président-Directeur Général est nommé en Conseil des ministres sur proposition du Conseil d'administration.

Le statut de Société Anonyme a donné la possibilité à EDF d'ouvrir son capital dans la limite de 30 % pour soutenir son développement.

Cette nouvelle forme juridique a permis à EDF de se libérer du principe de spécialité lié à son ancien statut d'EPIC. EDF a désormais élargi son offre commerciale au-delà de la simple fourniture d'électricité.

³⁷⁷ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Hofner*, Rec.1991, p.1979.

³⁷⁸ Dictionnaire le Grand Larousse

³⁷⁹ En sociologie la mobilité sociale désigne : « l'ensemble des mécanismes statistiques significatifs décrivant, soit les mouvements des individus à l'intérieur du système professionnel au cours de leur existence, soit les mouvements qui caractérisent une génération au regard de la suivante », Cf. *Encyclopédie Universalis, verbo, mobilité sociale*

³⁸⁰ J.-P. BOUERE, « Réflexions sur le projet de société européenne et les fusions intracommunautaires », *Petites affiches* n°65 du 31 mai 1993; M. MENJUCQ « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », Paris, L.G.D.J, 1997. B.LECOURT, *Influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, Paris, L.G.D.J, 2000.

³⁸¹ Exemple dans ce sens est le fait que dans son « *Vocabulaire juridique* » CORNU ne définit des termes juridique que la « mobilité professionnelle »

s'appuyant sur les termes des traités on peut définir la mobilité *stricto sensu* comme une circulation de tout ou d'une partie des activités menées par les entreprises ou la circulation de ses structures juridiques utilisées pour le support. Alors on peut conclure que le fondement juridique de la mobilité des entreprises énergétiques s'inscrit à travers le principe de la libre circulation, sans oublier la dialectique matérialisée par la notion de liberté d'établissement, considérée comme libre accès à l'établissement, qui représente une forme de mobilité des activités, et la libre circulation des formes juridiques des sociétés qui sont des formes normatives d'organisation des activités³⁸².

CHAPITRE III – Mobilité des formes normatives d'organisation des activités

CHAPITRE IV – Les obstacles devant la mobilité des entreprises énergétiques

³⁸² J.-P.BELLEÇ, *La délocalisation intra-communautaire des sociétés : aspect juridiques, fiscaux et sociaux*, Thèse, Université Paris I, 1995, p.39

CHAPITRE III

Mobilité des formes normatives d'organisation des activités

En parlant de la mobilité des formes normatives d'organisation on doit constater tout d'abord que la circulation des sociétés se conçoit moins aisément que celle des personnes physiques ou des objets d'une concentration matérielle. Or, s'appliquant à une abstraction juridique, la circulation n'a de sens que s'il s'agit d'une entité localisable dans l'espace et disposant de ce fait d'une aptitude au déplacement. Dans ce sens l'existence d'une vie juridique autonome non seulement facilite son application, mais représente aussi un élément indispensable. On peut conclure que la mobilité des sociétés est conçue comme leur déplacement sans rupture de leur vie juridique, mais sans l'obligation de maintenir leur personnalité morale.

En même temps on doit tenir compte du fait que, contrairement aux personnes physiques, les personnes morales ne sont localisables matériellement que par leur « domicile ». C'est donc à travers cet élément qu'est perçue leur circulation. M. MENJUCQ ³⁸³ remarque que

« la mobilité d'une personne morale se concrétise par le déplacement transfrontalier de son domicile et plus précisément, pour les sociétés, la mobilité désigne le déplacement intracommunautaire de leurs sièges dans une perspective de continuité de la vie sociale ».

Définie de cette façon, la mobilité des sociétés a la possibilité de se réaliser selon des modalités multiples car

*« le déplacement de la société dans une perspective de continuité, n'implique pas nécessairement le maintien de sa personnalité morale »*³⁸⁴

³⁸³ MENJUCQ, Michel, *La mobilité....* op.cit. p.5

³⁸⁴ Ibid. p.6

Le transfert du siège social est sans doute la forme la plus claire et la plus évidente car dans ce cas la société conserve son identité d'origine et, dans la mesure où le transfert serait organisé, sa personnalité morale.

Mais en même temps on a déjà remarqué à la suite de la citation de M.MENJUCQ que la continuité de la société peut être observée aussi en l'absence de survie de la personnalité morale initiale, au cas où la société poursuit ses activités à travers une autre société en se fondant sur le transfert de son patrimoine. Ce sont les cas de fusions et de scissions.

Citons encore une fois M. MENJUCQ :

*« effectuées dans un cadre transfrontalier, ces opérations aboutiraient à ce qu'une société dont le siège était situé dans un Etat membre continuerait à vivre à travers une ou plusieurs sociétés implantées dans un autre Etat membre. En pratique, l'opération conduirait bien au déplacement international du siège social des sociétés dissoutes sans liquidation. Dans cette mesure, la fusion et la scission intracommunautaire parviennent au même résultat que le transfert de siège social »*³⁸⁵

Cette hétérogénéité du concept conduit à une hétérogénéité des instruments utilisés. Dans ce deuxième titre l'objectif est de montrer que les différentes formes de concentration proposent aux entreprises des instruments de mobilité plus adaptatifs, qu'il s'agisse de la mobilité des structures juridiques (**SECTION 2**) ou de la délocalisation³⁸⁶ des activités (**SECTION 1**).

³⁸⁵ Ibid. p.7

³⁸⁶ La délocalisation économique au sens strict de terme est une forme de mobilité des activités.

SECTION 1

Les concentrations comme un instrument de la délocalisation des activités : la nature économique

Dans les chapitres précédents on a insisté sur le fait que les marchés européens de l'électricité et du gaz sont en pleine métamorphose. L'organisation historiquement dominante est en état de démantèlement.

Historiquement l'industrie électrique est marquée par des monopoles nationaux intégrés, tandis que l'industrie gazière est représentée par un oligopole dont les acteurs ont des stratégies autonomes et indépendantes des monopoles nationaux. Mais ces compagnies monopolistiques ont tout de même développé des relations partenariales entre elles. Ces liens sont formés par nécessité. Les marchés énergétiques sont caractérisés par la présence de contrats à long terme comme ceux du « *take or pay* » qui donnent un avantage concurrentiel vis à vis des nouveaux entrants. Sans permettre des liens forts, ces contrats fournissent une connaissance de l'entreprise partenaire et créent à terme un effet d'apprentissage. Ainsi, tant que le coût marginal de l'apprentissage de nouvelles relations est supérieur au gain marginal que pourrait procurer un changement de partenaires, les compagnies privilégieront le maintien de leur partenariat en cours. Il y a donc une tendance à la stabilité des relations, et de fortes barrières à l'entrée car les partenariats (quasi-nécessaires dans ce secteur) sont difficiles à mener. Ces partenariats sont menés par les contrats d'approvisionnement, qui engagent les parties à long terme, et figent l'organisation du marché.

On assiste cependant à un changement des relations et ce à cause de la prise en compte des nouvelles opportunités qui s'offrent à chacun des acteurs. Dans les marchés monopolistiques de fait ou de droit, une entrée sur de nouveaux marchés ne peut se faire que par le biais de relations partenariales. Dans leur volonté de renforcer leur position, et de s'accaparer de nouvelles ressources et de nouveaux segments de marché, les entreprises développent de nouveaux partenariats qui annoncent un bouleversement des structures d'organisation, et une nouvelle répartition de la rente. Ces nouveaux partenariats sont ainsi guidés par des

stratégies économiques défensives et offensives. Les firmes essaient d'abord de préserver leurs acquis et vont ensuite chercher à saisir des opportunités sur de nouveaux marchés qui leur permettront de détenir une position dominante dans la nouvelle structure de marché qui se profile. L'évolution des secteurs gaziers et électriques européens est dominée par des mouvements stratégiques importants initiés déjà depuis quelques années. Elle a d'abord permis de pallier les incertitudes créées par l'application d'une nouvelle réglementation (il ne faut pas oublier que les stratégies ont été mises en place avant l'adoption officielle de la directive par la commission et bien avant sa transposition en droit national) ; elle a été également liée aux évolutions technologiques qui permettaient de relier techniquement les deux secteurs.

Si on se penche sur la nature économique, on verra dans un premier temps comment les compagnies se restructurent au sein de leur industrie d'origine en présentant les rapprochements et la nouvelle organisation européenne qui en découle pour ensuite mettre en évidence l'émergence des partenariats multiénergétiques qui profitent des convergences des deux énergies. Même s'il semble probable que ces deux types de stratégie ont une logique chronologique (c'est-à-dire que les entreprises se positionnent d'abord sur leur marché et c'est par la suite qu'elles engagent des stratégies plus offensives), il n'existe en réalité que peu de distinction entre ces deux phases stratégiques. Leur mise en place est concomitante, et ce n'est que par souci de clarté qu'on les présentera séparément. Par ailleurs, comme on l'a précisé, le calendrier communautaire a une certaine importance dans la mise en œuvre des stratégies. La directive de l'électricité a été adoptée deux ans avant celle du gaz, ce qui a privilégié certaines entreprises. Même si les compagnies avaient anticipé l'ouverture de leur marché, l'annonce effective de cette ouverture lance le début des grandes manœuvres stratégiques favorisées par les politiques étatiques. En effet, là où la libéralisation est la plus avancée, les entreprises sont favorisées dans leur prise de parts du marché. Au vu de ces réflexions, l'émergence des électriciens allemands s'inscrit dans une certaine logique. Ce sont en effet les plus actifs et ambitieux dans leur stratégie européenne énergétique - on verra ainsi qu'après avoir favorisé la naissance d'oligopoles électriques, les compagnies vont accroître leurs ambitions énergétiques et intégrer le secteur gazier.

§ 1. Les concentrations comme un moyen d'expansion géographique

Les stratégies les plus actives et incisives semblent être celles des électriciens et notamment ceux d'Allemagne. Ce sont eux qui donnent l'impulsion et remodelent le paysage énergétique européen. Ils favorisent l'émergence d'un marché européen oligopolistique dominé par trois oligopoles électriques. En parallèle de ces groupes, émergent tout de même deux acteurs atypiques. EDF et GDF, les deux entreprises publiques françaises, bénéficient du soutien étatique pour préserver leur position nationale et profiter ainsi de l'ouverture plus avancée de leurs voisins pour s'orienter dans la conquête des marchés européens.

§§ 1. Apparition des oligopoles régionaux à ambition européenne

Afin de faire face aux incertitudes apparues avec la nouvelle réglementation européenne, les compagnies électriques et gazières engagent des stratégies défensives qui aboutissent au décloisonnement des monopoles nationaux, et à la prise de participation au sein d'autres entreprises européennes³⁸⁷. On constate que les firmes dominant les marchés nationaux n'ont pas toutes le même pouvoir financier et technologique. Ainsi, certaines compagnies plus puissantes peuvent transformer leur positionnement national en une situation européenne. Les entreprises doivent dépasser leur frontière et mener des stratégies européennes, voire internationales.³⁸⁸

Bien évidemment, les premières opérations ont pour lieu d'action le marché britannique, même si lors de l'adoption de la directive il est le marché le plus libéralisé, dérégulé et dé-intégré³⁸⁹. Il n'en demeure pas moins important en matière d'analyse de stratégie. Après le début de la libéralisation, on constate une vague de

³⁸⁷ M.DERDEVET, *L'Europe en panne d'énergie*, Paris, Descartes et Cie, 2009, p. 148

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ J.-M.GLACHANT, « The Making of Competitive Electricity Markets in Europe : No Single Way and No Single Market » *working paper*, 2002 p.7

concentration des firmes au niveau domestique, et des opérations visant surtout à intégrer les distributeurs à des compagnies de production ³⁹⁰:

Dès 1995, lors de son adaptation à la dérégulation, le Royaume-Uni est agité par des OPA d'envergures dans la distribution³⁹¹. Elles ont une bonne connaissance de leur clientèle, et une marge de réappréciation de leurs prix, tout ceci sur un marché relativement captif, qui bénéficie de potentialités d'économies d'échelle. PowerGen lance en septembre 1995 une OPA sur Midlands Electricity³⁹². Cette opération est une première puisque jusqu'alors aucune compagnie de production d'électricité privatisée n'avait été autorisée à prendre le contrôle d'une REC. PowerGen réalise ainsi une de ses grandes ambitions : intégrer une activité de distribution complète à la fonction de production pour s'offrir un accès direct aux consommateurs.

Cette opération succède à celle de National Power sur Southern Electric, opération touchant deux poids lourds³⁹³ : National Power étant le premier producteur d'électricité du pays et avec 2,6 millions d'abonnés Southern Electric, le second distributeur derrière Eastern Group. Toutes ces offres présentent le danger de la concentration verticale et placent les nouveaux groupes intégrés en position de force sur le marché européen lorsque celui-ci sera dérégulé en 1998³⁹⁴. Il faut souligner que l'acquisition de ces distributeurs oblige les groupes à céder des capacités de production afin de répondre aux exigences de la commission de régulation des fusions et acquisitions. On verra ainsi par la suite que ces cessions d'actifs représentent des opportunités de positionnement pour les autres acteurs du marché européen de l'énergie.

Si ces opérations sont significatives, elles sont surtout importantes puisqu'elles préfigurent de nouvelles stratégies de croissance externe qui vont se développer sur le marché européen.

³⁹⁰ A.LEGAULT, « Les fusions – acquisitions en matière de gaz et de pétrole. Le cas de l'Amérique de Nord », *Revue Etudes Internationales*, volume XXXV, n° 3, 2004, pp. 435

³⁹¹ J.-M.GLACHANT, « *Les réformes des industries électriques en Europe* », *Annales des mines*, 2000, p.13

³⁹² Monopolies and mergers commission, *PowerGen plc and Midlands Electricity plc. A Report on the proposed merger*, 1996

³⁹³ Monopolies and mergers commission, *National Power plc and Southern Electric plc. A Report on the proposed merger*, 1996

³⁹⁴ *Ibid.*

En Allemagne, les regroupements donnent rapidement au marché européen un visage d'oligopole.

Une opération significative concerne AGMs of Badenwerk AG et Energie-Versorgung Schwaben AG. Ces deux sociétés dominantes du marché allemand de l'électricité décident de fusionner en août 1997. Suite à la fusion le groupe prend alors le nom d'EnBW Energie Bade-Wurtemberg AG³⁹⁵. L'opération a été mise en place en prévision de la dérégulation du marché allemand de l'énergie en avril 1998. Cette nouvelle compagnie deviendra un acteur central pour l'Allemagne, mais également pour le marché français³⁹⁶. En 1998, elle produit 10% de l'électricité en Allemagne et dessert 3.4 millions de clients.

La concentration du marché allemand de l'électricité se poursuit avec la fusion de RWE et VEW annoncée en octobre 1999. La fusion donne naissance au plus important producteur d'électricité d'Allemagne avec 200 milliards de kilowattheures par an, et le groupe évoluera dorénavant sous le nom de RWE AG³⁹⁷. La nouvelle entité implantée en Rhénanie du Nord-Westphalie distribue 173 milliards de kilowattheures par an en se plaçant ainsi au second rang du marché de l'électricité face aux 180 milliards des filiales Preussen Elektra et Bayemwerk du groupe Veba-Viag³⁹⁸. Le nouveau RWE se hissera ainsi parmi les leaders du marché européen de l'énergie actuellement dominé par Electricité de France et l'italien Enel. Par ailleurs, cette fusion ouvre une voie royale à EDF dans sa tentative de prise de contrôle d'Energie Bade-Wurtemberg (EnBW)³⁹⁹. En effet, par cette opération, RWE abandonne toute ambition sur son compatriote électricien EnBW : mais lui permet un positionnement sur le marché gazier. La fusion avec VEW qui détient Westfälische Ferngas AG (WFG) lui permet en effet de devenir le leader du marché de la distribution de gaz en Allemagne. Sa stratégie se tourne alors vers des fusions et acquisitions dont l'objectif est de positionner le groupe à

³⁹⁵ www.enbw.com/content/en/group/_media/.../chronik_2004_englisch.pdf

³⁹⁶ On anticipe ici les alliances entre EDF et EnBW

³⁹⁷ M.- K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr. LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector : Cases and Patterns » *Colloque*, CERNA, 2002 disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU.pdf> p.28

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ O. CATEURA *Dynamique des stratégies concurrentielles dans un contexte de libéralisation : le cas de l'industrie électrique en France*, Thèse, Université Montpellier I, 2007, . p.161

la place de leader du marché européen. La position du Président du directoire de RWE à l'époque, Dietmar Kuhnt est à ce sujet très clair :

*« il est évident que nous ne pouvons réaliser nos ambitions à l'international que par des acquisitions ou via des fusions. Nous sommes déjà bien implantés dans les pays de l'Est. L'Europe de l'Ouest est donc, aujourd'hui, notre priorité, et notamment les marchés britannique, français et espagnol. »*⁴⁰⁰

C'est toujours dans cette optique stratégique que le groupe énergétique allemand va lancer une offre sur le deuxième groupe britannique d'électricité Innogy⁴⁰¹.

Le groupe allemand signe avec l'acquisition d'Innogy sa deuxième grosse opération sur le marché britannique des services collectifs⁴⁰². En rachetant Innogy, RWE reprend les 6,6 millions de clients du groupe britannique⁴⁰³. Cela lui permet de rivaliser avec son concurrent allemand, E.ON qui s'est quant à lui offert l'an dernier le troisième électricien anglais, PowerGen. RWE, qui après cette acquisition gèrera 20 millions de clients en Europe, passe au troisième rang sur le marché énergétique européen. Dans cette logique on peut constater que la fusion VEW-RWE renforce la polarisation du marché énergétique allemand entre RWE et le conglomérat Veba-Viag.

C'est d'ailleurs le rapprochement des deux compagnies de ce conglomérat, annoncée dix-huit mois après la libéralisation du marché de l'électricité, qui achèvera la réorganisation du marché électrique allemand et préfigurera celle du marché européen⁴⁰⁴. Le nouveau groupe dénommé E.ON affirme des velléités européennes qu'on retrouvera par la suite chez toutes les firmes de l'énergie.

⁴⁰⁰ La Tribune, 6 octobre 1999

⁴⁰¹ Décision de la Com. du 12.04.2002, aff. n°COMP/M.2801 RWE/Innogy

⁴⁰² La première étant en 2000 le rachat de Thames Water voir Décision de la Com. du 27.10.2000, aff. n°COMP/M.2181 RWE/ THAMES WATER

⁴⁰³ M. - K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr.LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector ... »op.cit. p.28

⁴⁰⁴ Décision de la Com. du 13.06.2000, Cas n°COMP/M.1673 VEBA / VIAG

« Notre objectif dans l'énergie est d'élargir fortement notre présence en Europe, mais aussi dans le monde entier »⁴⁰⁵ affirme le président de Viag, à l'époque, Wilhelm Simson. Même si les croissances externes restent au programme de la nouvelle entité, elles seront difficilement réalisables sur le marché électrique allemand. Après l'opération Veba-Viag détient un portefeuille de 15 millions de clients et 28% des parts du marché allemand ; le reste étant réparti aux deux autres groupes dominants déjà cités⁴⁰⁶. Pour la réalisation de cette opération, Viag doit elle aussi renoncer à ses ambitions sur EnBW ce qui conforte EDF dans sa collaboration avec le groupe allemand, E.ON élargit alors son champ d'action. En 2002, il acquiert PowerGen⁴⁰⁷ pour 18 milliards d'euros et via cette filiale, envisage ensuite de mettre la main sur le distributeur d'électricité Midlands Electricity qui compte 2,3 millions de clients et 63.000 kilomètres de réseau⁴⁰⁸.

Tous ces groupes allemands ont réussi à concentrer le marché électrique, et à entamer une stratégie de développement européen voire international. Le renforcement de leur position nationale les conforte dans leurs ambitions de développement et facilite leurs acquisitions extérieures hors des frontières nationales habituelles. C'est dans cette ligne de stratégie que se situent les acquisitions faites notamment au Royaume-Uni. La concentration du marché allemand consolide les firmes dans leur quête de parts du marché européen. Elles s'implantent dans tous les pays et confèrent ainsi au marché européen les premiers traits d'un marché oligopolistique⁴⁰⁹.

Sur la péninsule ibérique, les compagnies électriques suivent à peu près les mêmes stratégies de regroupement. On assiste au rapprochement des compagnies portugaises et espagnoles dans une optique de renforcement avant l'arrivée des nouveaux concurrents nés de la libéralisation. La situation espagnole (et portugaise) est quelque peu différente puisque sur la péninsule, les compagnies

⁴⁰⁵ La Tribune, 28 septembre 1999

⁴⁰⁶ M.- K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr.LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector ... »op.cit. p.7-8

⁴⁰⁷ Décision de la Com. du 23.11.2001, Cas n°COMP/M.2443 E.ON/PowerGen

⁴⁰⁸ M.- K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr.LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector ... »op.cit.p.14

⁴⁰⁹ V.GIRAULT, « Structure de la concurrence sur la chaîne du gaz naturel : le marché européen », *Working paper*, Cahier N° 05.01.55CREDEN, 2005, disponible sur <http://www.creden.univ-montpl.fr/downloads/cahiers/CC-05-01-55.pdf>,p.8

étaient largement nationalisées. Ainsi la privatisation et la libéralisation sont deux mouvements simultanés. Il faut tout de même souligner que l'Etat reste très présent dans le secteur énergétique et déploie une partie de son pouvoir pour protéger son industrie malgré l'ouverture du marché.

En mai 1997, le gouvernement cède la moitié de ses participations (66,9%) dans la compagnie électrique Endesa, première du pays en termes de bénéfices. La société est largement valorisée par le lancement en 1996 d'une OPA sur 75 % du capital de deux autres compagnies électriques (en Catalogne et en Andalousie), afin de pallier sa faiblesse relative dans le domaine de la distribution, où elle ne contrôlait que 20 % du marché contre plus de 40 % pour la production d'électricité. La première opération d'envergure est l'annonce en octobre 2000 de l'absorption d'Iberdrola par Endesa qui crée alors le numéro quatre mondial de l'électricité. Le rapprochement d'Iberdrola et d'Endesa, respectivement numéro deux et numéro un du marché hispanique de l'électricité, bouleverse le paysage énergétique national et donne naissance à un géant qui jouera dans la cour des plus grands européens⁴¹⁰. La nouvelle entité devient la quatrième compagnie en termes de puissance (52.638 mégawatts en 1999) et la première en nombre de clients (35 millions en 1999)⁴¹¹. Le gouvernement espagnol a été réticent à une opération visant à unir deux opérateurs contrôlant ensemble près de 80 % du marché national de l'électricité. Deux conditions ont été posées : que le nombre d'opérateurs sur le marché espagnol, actuellement de quatre, ne soit pas réduit : que les actifs de la nouvelle société ne soient pas sensiblement supérieurs à ceux de l'actuel Endesa. Le groupe a procédé ainsi à des cessions d'actifs : un total d'actifs représentant 30 % de la production d'électricité du pays devrait être mis en vente.⁴¹²

La seconde opération importante concernant les électriciens de la péninsule ibérique est le rapprochement de Hidrocantabrico et EDP⁴¹³. Annoncée en juillet 2003, cette opération a pour objectif de faire d'EDP le principal concurrent d'Endesa sur la péninsule en prenant le contrôle d'Hidrocantabrico dont il détient déjà 40%. Sur cette opération, le gouvernement espagnol est également présent. En

⁴¹⁰ CODOGNET, Marc- Kevin, GLACHANT, Jean – Michel, LEVEQUE, François, PLAGNET, Marie – Anne « *Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector ...* » op.cit. p.68

⁴¹¹ La Tribune, 18 octobre 2000

⁴¹² La Tribune, 23 novembre 2000

effet. EDP ne pourra avoir un réel pouvoir que si le gouvernement espagnol accepte de débloquer ses droits de vote.

Ainsi, le marché espagnol de l'électricité est concentré entre les mains de deux compagnies, l'une espagnole - Endesa et l'autre portugaise - EDP. Il faut noter que les ambitions des groupes espagnols prennent elles aussi une dimension européenne. En 2000 Iberdrola s'engage sur le marché allemand de la distribution en reprenant les 60% d'Envia détenus par RWE. Dans le cadre de sa fusion avec VEW ce dernier est en effet contraint de se séparer de cette société. En plus du rachat de la prise de contrôle de cette société, Iberdrola s'intéresse à des centrales de production d'électricité appartenant à une autre entreprise allemande - Veag.

L'implantation des espagnols dans le marché allemand est significative de renforcement des stratégies européennes menées par les groupes. Comme pour les groupes allemands, un renforcement national leur a permis de gagner en puissance et d'attaquer les marchés qui s'ouvrent peu à peu à la concurrence.

On constate ainsi que trois pôles régionaux se sont organisés en Europe. Au Royaume-Uni les producteurs tentent d'intégrer les compagnies de distribution qui sont un atout considérable pour accéder efficacement aux clients finals. En Allemagne l'oligopole régional s'est composé de deux grosses entités que sont E.ON issue de la fusion de Veba et Viag, et RWE AG née de l'alliance de RWE et VEW ; et une compagnie moins puissante EnBW. La concentration des compagnies électriques en Allemagne leur permet de contrôler bien évidemment tout le marché allemand, et leur donne une envergure suffisante pour faire face aux nouveaux entrants, mais également pour se positionner sur le marché européen. Le troisième oligopole s'est formé sur la péninsule ibérique où les compagnies, appuyées par le gouvernement espagnol tentent d'instaurer des barrières importantes à l'entrée du marché⁴¹⁴. En mettant en œuvre leurs ambitions européennes, ces oligopoles

⁴¹³ Décision de la Com. du 09.09.2004, aff. n° COMP/M.3448, EDP/Hidroelectrica del Cantabrico

⁴¹⁴ BARQUIN, BERGMAN, CRAMPES, GLACHANT, GREEN, HIRSCHHAUSEN, LEVEQUE, STOFT, « Brief academic opinion of economic professors and scholars on the project of acquisition of Endesa by Gas Natural » *rapport de travail*, 2005, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-AcademicOpinion.pdf>.

régionaux vont organiser le marché selon leur envie, et donnent à l'Europe un marché électrique oligopolistique.

§§ 2. EDF et GDF- deux géants avec une stratégie européenne

La particularité de ce marché européen de l'électricité est la place particulière et singulière de la compagnie française EDF. En effet, accusée de concurrence déloyale en raison de la faible ouverture de son réseau, EDF prend des positions stratégiques sur tous les anciens marchés régionaux. On la voit en Allemagne à travers EnBW, en Espagne avec Hidrocantabrico et en Italie avec des participations dans Montedison holding de groupes énergétiques tels que Edison et Sondel.

La stratégie de GDF est similaire. Le groupe a l'ambition de devenir un acteur européen intégré. Il mène une stratégie d'acquisition dans les activités amont de l'industrie gazière (production et exploration), et renforce ses positions sur les activités à l'aval de l'industrie (distribution et commercialisation). Cette intégration passe également par la recherche de nouveaux clients et débouchés et par un positionnement stratégique au sein des pays voisins (l'Italie et l'Allemagne) ce qui lui permet d'avoir une position de groupe européen.

a. La prise de position d'EDF en Europe

Il paraît important de souligner au début la place de l'électricien français au sein des oligopoles mentionnés ci - dessus. La France n'a historiquement qu'un seul électricien et ne peut donc être le lieu de regroupements nationaux⁴¹⁵. En revanche, grâce à sa puissance sur le marché national, la compagnie va devenir un acteur central sur le marché européen. La cause première en est sa position géographique – comme elle est cernée par les oligopoles allemands (qui peuvent s'étendre vers l'Italie) et espagnols, il serait dangereux pour elle de ne pas avoir une stratégie de développement européen. Largement appuyée par l'Etat, la compagnie se

⁴¹⁵ S.AIT ABDELSAM, *De monopole au marché. Cas d'EDF, entreprise en mutation*, Thèse, Université Nancy2, 2008, p.16

positionne rapidement sur les marchés voisins et prend des participations dans les grandes entreprises des pays de l'Union européenne⁴¹⁶.

La position de monopole historique de l'entreprise lui confère un pouvoir sur le marché national, mais lui donne également un pouvoir financier et un savoir-faire important qui lui permettent de devenir un acteur central de l'Europe. François Roussely⁴¹⁷ est conscient qu'il doit s'appuyer sur ces atouts pour situer la compagnie sur le nouveau marché. « *Nous sommes en train de construire un groupe mondial avec les organes d'un ancien monopole* », explique l'ex-patron d'EDF⁴¹⁸. L'électricien tricolore ambitionne de réaliser 50 % de son chiffre d'affaires à l'étranger en 2005 en électricité, contre 35 % en 2001 et 25 % en 2000⁴¹⁹.

La compagnie entame alors une série d'actions sur le marché allemand, italien, espagnol et britannique afin de prendre une part active dans la formation de ces oligopoles. Tout en profitant des cessions d'actifs imposées par les régulateurs lors des opérations de fusion (telle que celle Endesa-Iberdrola), elle met en place des échanges de capacités de production avec RWE, Endesa ou Electrabel. Mais elle se place également par croissance externe.

En 1998, elle profite de l'ouverture du marché britannique pour faire l'acquisition de London Electricity qu'elle finira par acquérir à 100%⁴²⁰. Cette acquisition est importante car London Electricity devient alors la filiale agissante d'EDF sur le marché britannique⁴²¹. En novembre 2001, c'est par London Electricity qu'EDF achète le réseau de distribution d'Eastern Electricity à l'américain TXU pour 2,3 milliards d'euros⁴²².

Cette acquisition permet à London Electricity de récupérer la société de distribution 24Seven qu'elle possédait conjointement avec TXU⁴²³, EDF ayant

⁴¹⁶ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.194-195

⁴¹⁷ Président d'EDF dans le période 1999-2004

⁴¹⁸ La Tribune, 18 janvier 2000

⁴¹⁹ La Tribune, 20 novembre 2001

⁴²⁰ Décision de la Com. du 27.01.1999, aff. n° IV/M. 1346 EDF/LONDON ELECTRICITY

⁴²¹ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.198

⁴²² Décision de la Com. du 20.12.2001, aff. n° COMP/ M.2675 EDF/TXU EUROPE/WEST BURTON POWER STATION

⁴²³ Décision de la Com. du 20.12.2001, aff. n°COMP/M.2679 EDF/TXU EUROPE/24Seven

participé au financement de ces acquisitions en augmentant de 50 % sa participation dans le capital.

« *Nous sommes ravis d'avoir conclu un accord qui nous permet de consolider notre présence sur le marché britannique* », expliquait à La Tribune Bruno Lescoeur, PDG de London Electricity.

La compagnie détient alors 7,5 % de la production d'électricité en Grande-Bretagne et 26 % de la distribution⁴²⁴. Malgré cette faible présence au début, c'est une entreprise active puisque la France est à l'origine de la mise en place de l'Interconnector franco-anglais « *qui fonctionne parfaitement, dans un environnement concurrentiel* »⁴²⁵. Mais EDF ne se contente pas de renforcer sa position en Grande Bretagne. Grâce à un positionnement stratégique en Belgique et en Allemagne, elle prend place en l'Europe de l'Est, et s'offre des opportunités dans les nouveaux pays européens tels que la Bulgarie, la Pologne, la Hongrie, la Slovaquie...

En Belgique, elle commence par acquérir 10% de l'entreprise de production belge SPE qui détient 8.5% du marché belge. Ce rapprochement est voué à se consolider car au printemps 2003, EDF annonce qu'elle désire augmenter sa participation de 10 à 49% dans le capital de la Société Productrice d'Electricité ce qui lui permet d'accéder au marché du Benelux⁴²⁶. Cette opération fait suite à l'abandon par Electrabel de ses actifs dans la société, et son entrée dans le capital de la Compagnie nationale du Rhône. Ce qui semble être un échange entre les deux anciens monopoles, est pour SPE tout à fait logique. En effet, SPE recherche un partenaire étranger pour réaliser ses ambitions : monter à 15% du marché belge en 2008 et accéder à la vente directe. L'opération est également intéressante pour EDF puisqu'elle prend ainsi pied en Belgique, avant la libéralisation du marché pour les particuliers.

⁴²⁴ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.199

⁴²⁵ La Tribune, 22 décembre 2001

⁴²⁶ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.205

A la même époque, on peut constater qu'EDF manifeste un intérêt particulier à ALE (Association Liégeoise d'Electricité)⁴²⁷. Mais M. CAUTERA fait observer dans sa thèse que

*« Désireux, in fine de prendre totalement le contrôle de l'opérateur SPE, EDF n'ayant pu aboutir dans ses projets a finalement préféré se retirer, dans un contexte où son développement à l'international était difficile et très critiqué. »*⁴²⁸

En parallèle de ses opérations en Belgique, EDF concrétise ses ambitions sur le marché allemand. Elle entreprend de profiter du bouleversement de ce marché pour prendre place aux côtés des deux grandes sociétés allemandes.

En acquérant en septembre 2000 une participation de 25,1% dans EnBW, quatrième électricien allemand, elle prend place sur le marché allemand⁴²⁹. Par cette participation EDF réalise une alliance forte et durable qui renforcera les deux compagnies sur les marchés allemand et européen. Dans ce partenariat stratégique et de long terme avec EDF, EnBW préservera son identité, son management et son autonomie⁴³⁰. Les deux entreprises profiteront de leurs complémentarités en matière de production, de transport et de distribution de l'électricité pour servir leurs clients européens.

L'opération renforce la concurrence sur le marché allemand en garantissant la pérennité d'un troisième opérateur majeur⁴³¹. Elle favorise aussi une plus grande ouverture du marché français à travers les offres de contreparties présentées par EDF à la Commission européenne. Par ailleurs, sa participation montera à 34.5% en 2002 et renforcera ainsi les relations franco-allemandes en matière énergétique.

C'est par le biais de cette alliance sur le marché allemand qu'EDF a acquis le droit de s'installer sur le marché de la péninsule ibérique. A travers un consortium formé par l'allemande EnBW (dont EDF est l'actionnaire de référence) et le groupe Villar Mir, les Français lancent une OPA en 2001. Le tandem acquiert alors 59,7%

⁴²⁷ La Tribune, 30 septembre 2003

⁴²⁸ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.206

⁴²⁹ Décision de la Com. du 07.02.2000, aff. n° COMP/M.1853 EDF/EnBW

⁴³⁰ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.200

⁴³¹ Ibid.

du capital d'Hidrocantabrico alors qu'EDP (allié à la caisse d'épargne de Cadastra) prend 34.2% du capital⁴³². La décision de Madrid d'accorder une place à la France sur son territoire fait suite à l'annonce française d'accroître sa capacité d'interconnexion électrique avec l'Espagne, en le portant des 1000 MgW actuels à 4000 MgW avant 2010 nécessitant un investissement de 1 milliard de francs. Il est important de préciser que depuis 1999, compte tenu de la mauvaise image de la France en matière d'ouverture du marché, l'Espagne a adopté une loi dite communément « loi EDF » qui permet de bloquer l'entrée d'une société publique étrangère au sein du capital d'une compagnie nationale dans le secteur de l'énergie⁴³³.

En Italie, la même réticence vis à vis de la France existe. En effet, en 2001. EDF a lancé une OPA afin de prendre le contrôle de Montedison. Mais face aux protestations du gouvernement italien, EDF revoit sa stratégie de positionnement. Elle s'associe avec Fiat pour créer Italenargia dont le but est de prendre le contrôle de Montedison. Le 26 juillet 2001 Italenargia a pris 96.9% du holding industriel Montedison, et 95.7% de sa filiale énergétique Edison : fusion qui a eu le feu vert de la Commission en août 2001⁴³⁴, mais comme en Espagne, le gouvernement a réduit les droits de vote de l'entreprise française Par ailleurs, EDF n'entend pas se contenter de sa participation dans Montedison :

*« Pour l'avenir, le groupe EDF engagera, sans délai, un dialogue avec les autres actionnaires de MONTEDISON, pour favoriser le développement du pôle énergie constitué par SONDEL et EDISON. Ce pôle dont le management est très performant contribuerait ainsi à l'émergence du marché intérieur de l'électricité en Europe ».*⁴³⁵

La voie s'est ainsi ouverte à la constitution du troisième pôle italien de l'énergie derrière ENI et Enel. Le groupe français y est présent via Italenargia-Edison et Atel-Italpower.

⁴³² Décision de la Com. du 26.09.2001, aff.n° COMP/M.2434 Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico

⁴³³ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies... » Op.cit. p.205

⁴³⁴ Décision de la Com. du 28.08.2001, aff. n°COMP/M.2532, FIAT/ITALENERGIA/MONTEDISON

⁴³⁵ EDF, Communiqué complémentaire, communiqué de presse 23 mai 2001

EDF semble avoir ainsi bien choisi ses cibles industrielles en Italie. Mais l'électricien risque de jouer au sein de ce pôle un rôle qui sera limité pour longtemps puisque ses droits de vote restent restreints. Malgré cette restriction, EDF reste tout de même persuadée que son investissement va lui permettre de se positionner sur le marché de l'électricité, du gaz mais également des services énergétiques italiens. Les actionnaires d'Italenergia ont également des ambitions communes dans le domaine des services énergétiques. En marge de son offensive sur Montedison, EDF n'a jamais caché son intention de faire « converger » la société Fenice, rachetée à Fiat en 2001⁴³⁶, avec les activités de sa filiale Dalkia en Italie.

EDF est également présent en Pologne, en Hongrie (et via Dalkia et EnBW en République Tchèque et Slovaque), mais comme la zone des Pays d'Europe Centrale et Orientale est interconnectée sur un autre système électrique, elle ne sera pas concernée par l'analyse.

b. La stratégie européenne de GDF

Les compagnies gazières quant à elles tentent de réduire leur dépendance, et d'accéder aux activités amont de l'industrie. En la matière, l'une des compagnies les plus actives est Gaz de France.

Sa première opération dans le secteur de la production a lieu en 2000, avec l'acquisition de 100 % de TransCanada International Netherlands (TCIN), société d'exploration et de production, et de 38.57 % de Noordgastransport BV, société propriétaire du gazoduc offshore NGT, toutes deux filiales néerlandaises de TransCanada PipeLines Limited (TCPL)⁴³⁷.

En prenant des parts dans 3 gisements au large des Pays-Bas, le groupe se dote d'une capacité de production de 800 millions de m³ de gaz naturel par an. Cette première acquisition permet à GDF de réaliser 40% de son objectif de production en 2005.

⁴³⁶ Décision de la Com. du 30 août 2001, cas n°COMP/M.2563, EDF/FENICE

⁴³⁷ D.FINON, « French gas industry in transition : Breach in the public service model » *Cahier de recherche*, IEPE, 2001 disponible sur http://webu2.upmf-grenoble.fr/iepe/textes/DF_01.25.PDF p.24

En Grande-Bretagne, il acquiert la société d'exploration-production britannique CalEnergy Gas (UK) Ltd, auprès de CalEnergy Gas (Holdings) Ltd. Ce qui lui permet de prendre des participations dans quatre champs gaziers dans le bassin de la mer du Nord britannique et des options sur des champs dont le développement est à l'étude.⁴³⁸ Selon Pierre Gadonneix, Président de Gaz de France, à l'époque, cette opération s'inscrit directement dans la stratégie d'indépendance du groupe :

« Cette opération, réalisée à travers sa filiale à 100 % GDF Britain, renforce sensiblement la présence de Gaz de France dans l'amont britannique. GDF Britain va ainsi accroître de 65 % ses réserves gazières et doubler sa capacité de production, qui s'élève actuellement à 400 millions de mètres cubes par an »⁴³⁹.

Mais les ambitions de Gaz de France vont plus loin que la seule intégration des activités de production. En effet, le groupe entend renforcer et accroître ses positions dans les activités de distribution et de commercialisation. Il espère devenir un acteur européen de l'industrie gazière. Dans cette optique il acquiert des réseaux de distribution en Italie, renforce ses participations en Hongrie et s'installe sur le marché Allemand.

En Italie, GDF entre à hauteur de 40% dans les activités gazières de la société italienne Italcogim, 4ème distributeur et premier opérateur privé de gaz naturel du pays⁴⁴⁰. L'opération concerne les activités du gaz naturel d'Italcogim, exercées notamment par les filiales Italcogim Reti, gestionnaire du réseau de distribution de gaz naturel, et Italcogim Vendite, en charge de la commercialisation. L'entreprise dessert plus de 500 000 clients domestiques, tertiaires et industriels : et après la prise de participation de 33% début 2002 dans la société Arcalgas Progetti, qui distribue du gaz naturel à plus de 140 000 clients dans le nord de l'Italie, cette transaction représente un important investissement de long terme pour Gaz de France sur le marché italien⁴⁴¹.

⁴³⁸ GDF, Annual Report 2007, p.10

⁴³⁹ GDF, « Gaz de France acquiert de nouveaux actifs et renforce son rôle d'opérateur dans l'amont gazier britannique », communiqué de presse, 11 avril 2002

⁴⁴⁰ Décision de la Com. du 25.07. 2003, aff. n° COMP/M.3212, GDF/ITALCOGIM/JV

⁴⁴¹ GDF, Document de référence 2005, p. 75

Au début de l'année 2004, le groupe français maintient et renforce son positionnement sur le marché hongrois. En janvier 2004, il acquiert des participations minoritaires détenues par la société pétro-gazière hongroise MOL dans les sociétés de distribution de gaz naturel Egâz (35,46%) et Dégâz (27,18%) et porte sa participation à 99,4% dans Egâz et à 99,8% dans Dégâz⁴⁴². Ces deux sociétés détiennent ensemble environ le quart du marché de la distribution de gaz naturel en Hongrie. Cette acquisition s'inscrit dans la stratégie de Gaz de France visant à devenir durablement un leader de l'énergie à dominante gazière en Europe. En effet, la Hongrie est l'un des nouveaux pays adhérents à l'Union européenne, et sa situation économique et géographique en font un enjeu important du futur marché européen.

La cible des ambitions de Gaz de France reste tout de même l'Allemagne. Le directeur général adjoint à l'époque Jean-Marie Dauger confirme cette volonté dans une interview publiée le 21 décembre par le quotidien allemand Handelsblatt :

« Nous avons l'expérience, le savoir faire et la puissance financière pour participer au développement du marché (allemand, hollandais) via des acquisitions ou des partenariats ».

C'est dans le but de faire de l'Allemagne le second marché d'implantation de GDF (après la France) que le groupe fait en 2002 l'acquisition des actifs allemands d'exploration-production, de transport, de stockage et de commercialisation de gaz naturel de Preussag Energie, filiale du groupe TUI⁴⁴³. En mettant la main sur les actifs allemands de Preussag Energie, pour GDF, l'objectif numéro un était de se donner une nouvelle stature sur le premier marché européen du gaz naturel, tout en se renforçant sur différents "maillons" de la chaîne gazière. En premier lieu GDF va augmenter fortement sa capacité de production de gaz naturel, qui va passer à 4,6 milliards de m³ contre 3,2 milliards de m³ jusqu'ici. L'entreprise publique augmente ainsi de près de 50 % sa capacité de production de gaz naturel. En second lieu, l'opération va lui permettre d'accroître sa capacité de transport et de commercialisation. Dans la réalisation des objectifs visés, GDF acquiert 11 %, dans la société de transport et de commercialisation de gaz naturel Erdgas Munster qui

⁴⁴² CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.320

possède un réseau de transport de plus de 2000 km dans le Nord-Ouest de l'Allemagne. Elle prend également une participation de 50 %, dans le stockage souterrain de Reitbrook près de Hambourg, à hauteur de 33 % dans le stockage de Schmidhausen près de Munich et 100 % du stockage de Fronhofen près de Stuttgart. La capacité utile totale de stockage correspondant aux parts de Gaz de France s'élève à près de 300 millions de m³.

Dès le début de l'année 2006, le paysage énergétique européen se retrouve profondément bouleversé suite aux annonces successives d'OPA hostiles⁴⁴⁴. Quelques jours après l'annonce d'une contre-OPA de l'allemand E.ON face à GasNatural sur son compatriote Endesa, la menace d'une OPA hostile de la part de l'opérateur italien Enel⁴⁴⁵ sur le franco-belge Suez, accélère les discussions autour d'un rapprochement possible entre ce dernier et Gaz de France⁴⁴⁶.

Cette situation cristallise les négociations entre Suez et Gaz de France, qui doivent maintenant passer par une validation politique liée à la nécessaire privatisation de l'ancien monopole du gaz.

Le projet de fusion entre Suez et Gaz de France est annoncé le 25 février 2006 par le Premier Ministre français Dominique de Villepin et son Ministre de l'Economie Thierry Breton, accompagnés des deux dirigeants concernés : Gérard Mestrallet et Jean-François Corelli. :

« L'indépendance énergétique de notre pays est un enjeu stratégique pour la France C'est aussi une exigence majeure pour tous les Français Elle suppose de nous doter de tous les instruments nécessaires. Depuis plusieurs mois, les entreprises Gaz de France et Suez discutent d'un projet industriel afin de mettre en commun des activités proches et complémentaires dans les domaines de la production, du transport et de la distribution énergétique Compte tenu de l'importance stratégique de l'énergie, la fusion de Gaz de

⁴⁴³ Décision de la Com. du 25.04. 2003, aff. n° COMP/M.3086 Gaz de France/ Pressag Energie

⁴⁴⁴ Suez. Communiqué interne du 22/02/06. Le paysage énergétique européen en ébullition.

⁴⁴⁵ Les Echos du 27/02/06. Face à la menace d'un OPA italienne, le gouvernement lance la fusion Suez-GDF.

France et de Suez semble aujourd'hui la voie la plus appropriée Avec cette fusion, nous avons l'ambition de créer un des tout premiers groupes mondiaux de l'énergie, en particulier dans le secteur du gaz, cette entreprise serait en effet le premier acteur mondial du gaz naturel liquéfié. Elle donnerait à la France un deuxième grand acteur énergétique à côté d'EDF et renforcerait la vocation industrielle mondiale de notre pays »⁴⁴⁷.

Ainsi, les deux groupes français de l'énergie suivent une stratégie similaire. Ils exploitent dans les principaux pays européens les opportunités qui leur sont laissées par l'ouverture des marchés et la concentration du secteur. Le rachat d'actifs et de capitaux en Italie, en Espagne mais surtout en Allemagne atteste d'une volonté de s'affirmer comme des groupes européens de l'électricité et du gaz. Ils font face à la mise en place de grands oligopoles en étendant leurs compétences à plusieurs pays et sur toute la chaîne d'activités. La diversification géographique leur permet de récupérer à l'étranger les parts de marché perdues en France.

L'Europe connaît des bouleversements de taille au sein de son secteur énergétique. Les monopoles nationaux électriques sortent de leurs frontières et tentent de conquérir les marchés voisins. Le secteur gazier semble moins touché par ce type de stratégie, et ce sans doute pour deux raisons. Comme on l'a déjà précisé, la première cause est liée au calendrier communautaire qui engage l'ouverture du gaz après celle de l'électricité. La seconde raison est à relier à l'organisation déjà oligopolistique de ce secteur, dominé au niveau international par les pétroliers, et organisé en monopoles au niveau national. Le «retard » du calendrier empêche le secteur de suivre au début le modèle électrique et de faire éclater ses monopoles. Dès l'ouverture du marché, les compagnies recherchent de nouveaux marchés, et se heurtent à la puissance des compagnies électriques qui voient dans le gaz naturel et son exploitation des opportunités de dégager des synergies et donc de nouvelles rentes.

⁴⁴⁶ Le Monde du 25/02/06. Energie : Suez & GDF cherchent à fusionner pour contrer l'italien ENEL.

⁴⁴⁷ Dominique de Villepin. Premier Ministre. Conférence de presse du 25/02/06.

§ 2. Les concentrations comme un moyens de diversification des activités

Après avoir montré que les concentrations des secteurs électriques et gaziers tendent à faire voir le jour à un oligopole qui transcende les frontières géographiques, on verra que certaines de ces compagnies vont également déplacer les traditionnelles limites sectorielles. En effet, les mouvements de fusion et acquisition sont transfrontaliers mais également intersectoriels⁴⁴⁸. Les électriciens vont chercher des alliances avec les gaziers mais les pétroliers eux aussi essaient de pénétrer les activités aval de l'industrie gazière et celles de la production d'électricité ; et ce d'autant plus qu'ils contrôlent en grande partie l'accès du gaz en amont⁴⁴⁹. Il ne faut pas oublier que les activités gazières sont détenues pour beaucoup par des pétroliers. Ces derniers sont essentiellement présents dans la production et le transport, alors que les compagnies gazières ont une place privilégiée dans l'importation et la distribution. Mais ce schéma traditionnel va être bouleversé par la création du marché européen de l'énergie. L'expression « marché européen de l'énergie » est tout à fait appropriée puisque les frontières traditionnelles des industries électriques, gazières et pétrolières disparaissent et ce en même temps que les frontières géographiques. Très tôt la Commission a eu l'occasion d'expliquer dans ses décisions⁴⁵⁰ que l'électricité et le gaz naturel constituaient deux marchés distincts.⁴⁵¹

L'énergie devient un enjeu par elle-même, et les firmes veulent devenir des producteurs, des fournisseurs d'énergie, et ne se contentent plus d'être des opérateurs du gaz ou de l'électricité. Des convergences sont trouvées sur toutes les activités de la chaîne, et les progrès technologiques contribuent à renforcer la nécessité d'accéder à toutes les sources d'énergie. Le marché de l'énergie est alors totalement bouleversé, les concentrations entre les électriciens et les gaziers sont

⁴⁴⁸ Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence : Recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz* », II Tomes, Marseille, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003p.632-633

⁴⁴⁹ J.- M.CHEVALIER, « Les entreprises de l'énergie : redéfinition des chaînes de valeur et positionnement stratégique », *Revue de l'énergie*, septembre 1999 p.545.

⁴⁵⁰ Décision du 1 sept. 1994, aff. n° IV/ M.493 *Tractebel/Distrigaz II* ; Décision du 8 juin 1995, aff. n° IV/M.568 *EDF/Edison-ISE*, la décision du 2 juin 1998, aff. n° IV/M.931, *Neste/Ivo*, Décision du 9 déc.2004, aff. n° COMP/M.3440 *ENI/EDP/GDP*, Décision du 25 avril 2006, aff. n° COMP/M. 4110 *E.ON/ENDESA*

multiples, les pétroliers accèdent à la distribution de gaz, les électriciens cherchent à entrer dans la production et la distribution d'hydrocarbures, pendant que les gaziers veulent produire et distribuer de l'électricité.

§§ 1. Recherche de convergence : apparition d'un oligopole multi - énergétique

A la suite des observations sur le calendrier de la libéralisation et son impact sur la réorganisation du secteur de l'énergie, il faut noter encore une fois le leadership des électriciens dans la constitution des groupes multiénergétiques. L'organisation en partie oligopolistique du marché du gaz n'a pas amené les compagnies gazières ou pétrolières à devenir les leaders du marché européen, et ce malgré les enjeux qui se sont développés autour du gaz. En effet on s'attendait à ce que les gaziers et les pétroliers envahissent l'industrie électrique, et élargissent leur oligopole aux activités de distribution, mais on se rend compte que les électriciens tiennent le premier rôle dans la pièce de la réorganisation du marché européen. L'oligopole énergétique se forme sous l'impulsion des électriciens préalablement renforcés. L'ouverture du marché électrique a obligé les électriciens à aller chercher à l'étranger les parts de marché qu'ils devaient perdre au niveau national. Ils ont alors constitué des compagnies internationales par le biais d'acquisitions qui sont présentes sur les pays européens. En renforçant les actifs de leur cœur de métier, ils ont atteint la taille critique qui les met à l'abri d'une OPA hostile. Ainsi, lorsque le marché gazier s'ouvre, les électriciens sont renforcés dans leurs positions et peuvent venir concurrencer les compagnies gazières sur leur territoire, et dans leur industrie.

Pour étayer ces observations on va présenter tout d'abord les opérations mises en place par certains pétroliers afin de s'approprier les réseaux de distribution ; on va étendre l'analyse aux rapprochements entre gaziers et électriciens et on va envisager en dernier l la création de ce qu'on appelle les « acteurs multi- énergétiques complets »

⁴⁵¹ Bien sur cela ne veut dire que les deux produits ne peuvent jamais figurer sur un même marché comme témoignent les développements récents

A côté des opérations de concentration entre pétroliers qui aboutissent à des géants tels TotalFinaElf⁴⁵², BP-Amoco-Arco⁴⁵³ ou encore ChevronTexaco⁴⁵⁴, qui vont avoir des impacts sur l'industrie gazière puisqu'elles tendent à concentrer aussi les activités de production gazière, les pétroliers déclenchent des mouvements de croissance externe par acquisition ou par fusion en visant des activités de distribution de gaz.

Elf Aquitaine se lance elle aussi dans le renforcement de ses activités gazières et la conquête de nouvelles opportunités de croissance. En février 1996, la compagnie pétrolière française prend entièrement le contrôle d'Agas (Associated Gas Supply Limited) alors détenue à 50% par Elf Petroleum UK Pic et ETS (Energy and Technical Services Group Pic). Créé en 1987⁴⁵⁵ pour profiter de la déréglementation du marché gazier britannique, Agas détient dix ans plus tard environ 7% du marché dans les domaines industriels et commerciaux et ceci grâce en partie à des opérations dans la distribution de gaz à de grands ensembles résidentiels. Ainsi la petite entreprise française prend pied dans la distribution du marché gazier britannique avant même son ouverture au secteur domestique, prévue pour 1996.

En Italie, le groupe pétrolier ENI s'impose de façon importante sur le marché du gaz national et européen. A ce titre, le groupe convoite plusieurs distributeurs de gaz sur italiens, mais également allemands, espagnols, et, à terme, français. Italgas, premier distributeur de la péninsule est la première compagnie de distribution à intégrer le groupe pétrolier ENI. En janvier 2002, ce dernier lance au cours d'une stratégie de recentrage des métiers du pétrole et du gaz, une OPA sur les 56% d'Italgas⁴⁵⁶. Afin d'être présent dans toute la filière, de la production et de l'exploration jusqu'au transport et la distribution, ENI est prête à investir 2,54 milliards d'euros dans le distributeur. Cette opération suit la prise de contrôle en juin 2002 de l'allemand GVS ce qui lui permet de faire passer ses ventes de 12,8

⁴⁵² Décision de la Com. du 09.02.2000, aff n° COMP/M.1628 TOTALFINA/ELF

⁴⁵³ Décision de la Com. du 29.09.1999, aff n° IV/M.1532 BP Amoco/ Arco

⁴⁵⁴ Décision de la Com. du 28.02.2001, aff n° COMP/M.2208 CHEVRON /TEXACO

⁴⁵⁵ O.EIKELAND, H.HAASSELKNIPPE et I.SAEVERUD, « Energy sector integration in Europe : The role of leading upstream oil & gas companies », *FNI Report, 2004*, p.20

⁴⁵⁶ G.DOSSENA, "E l' Eni lancia l' Opa sul 100% di Italgas", *Corriere della Sera*, 26 novembre 2002

milliards à 20 milliards de mètres cubes entre 2001 et 2002⁴⁵⁷. La compagnie va chercher à l'étranger ce que la libéralisation l'oblige à céder sur le plan national. A terme, Italgas sera pour ENI un moyen de pénétrer les marchés du sud de l'Europe et notamment ceux d'Espagne et de France.

Le principal enjeu de ces opérations est le contrôle du gaz naturel ; meilleur marché que le pétrole, il contribue à la création d'électricité grâce aux nouvelles technologies de cycles combinés, de cogénération, mais il peut en lui-même représenter une source d'énergie permettant aux particuliers et aux industriels de diminuer leur dépendance vis-à-vis de l'électricité. Cet enjeu commun pousse les compagnies électriques et pétrolières à se tourner vers l'industrie du gaz. Le rassemblement des oligopoles électriques et gaziers fait apparaître des compagnies multiénergétiques d'une grande puissance financière et détenant des positionnements importants sur le marché européen à tous les stades de la chaîne d'activités des industries⁴⁵⁸. Les convergences entre le gaz et l'électricité sont nombreuses, et les compagnies énergétiques essaient de profiter au mieux des similitudes des chaînes de l'industrie électrique et gazière ; les électriciens cherchent leur place au sein de l'industrie gazière, alors que les gaziers profitent de la libéralisation pour se positionner sur l'industrie électrique. Ces deux stratégies ne sont pour autant utilisées par les compagnies que dans une optique beaucoup plus large leur permettant de devenir à terme des groupes multiénergétiques, fournissant indifféremment du gaz, de l'électricité, de l'eau, de la chaleur.⁴⁵⁹

Bien évidemment c'est le marché britannique qui donne naissance à ces opérations. En 1999, le producteur britannique d'électricité National Power rachète la société de distribution de gaz Calortex. Créée en 1995 en Grande-Bretagne par Texaco et Calor Gas, et comptant le néerlandais Nuon parmi ses actionnaires, Calortex affiche 500.000 clients⁴⁶⁰. National Power confirme ainsi une stratégie qui

⁴⁵⁷ Décision de la Com. du 17.12.2002, aff n° COMP/M.2822, EnBW/ENI/GVS

⁴⁵⁸ V.GIRAULT, « Structure de la concurrence sur la chaîne du gaz naturel : le marché européen », *Working paper*, Cahier N° 05.01.55CREDEN, 2005, disponible sur <http://www.creden.univ-montpl.fr/downloads/cahiers/CC-05-01-55.pdf>, p. 10-11

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ M.- K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr. LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector : Cases and Patterns », *Colloque CERNA*, 2003, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU-Cases-2003.pdf>, p.39

consiste, pour un électricien, à se développer dans la distribution du gaz et de l'électricité.

Au Royaume-Uni, la fusion la plus importante met en jeu le géant de la distribution d'électricité britannique National Grid, et l'opérateur de gaz et d'électricité Lattice⁴⁶¹. National Grid, société privatisée qui gère le réseau de distribution d'électricité en Angleterre et au pays de Galles, et Lattice, opérateur qui distribue également du gaz ont annoncé leur fusion en avril 2002 pour un montant de 14,8 milliards de livres (24,3 milliards d'euros). Cette fusion d'envergure crée le numéro un britannique de l'énergie et renforce les deux groupes face aux éventuels assauts des concurrents et notamment d'EDF et RWE qui se sont développés considérablement en Grande Bretagne. La nouvelle entité National Grid Transco devient le quatrième opérateur européen sur le marché de l'énergie⁴⁶².

Plus récemment, un acteur du marché électrique espagnol a profité des convergences électricité-gaz pour prendre place sur le marché gazier. Contrôlée par la filiale allemande d'EDF et par le Portugais EDP, Hidrocantabrico a pris possession de 62% du holding gazier Naturcorp qui réunit quatre compagnies de transport, de distribution et de commercialisation (quelque 300 millions d'euros de chiffre d'affaires)⁴⁶³. Cette opération lui a permis de devenir la seconde compagnie gazière espagnole avec 10% des actifs.

Les ambitions d'Enel, la compagnie italienne d'électricité sont elles aussi largement tournées vers le gaz. En 2001, elle fait l'acquisition de 40% du capital de Camuzzi spécialisée dans la distribution du gaz⁴⁶⁴. Par ailleurs, elle obtient une option sur l'acquisition du reste du capital. Avec l'absorption de sa compatriote gazière, elle devient le numéro deux italien de la distribution de gaz derrière Italgas.

⁴⁶¹ Ibid. P.128

⁴⁶² Ibid.

⁴⁶³ Décision de la Com. du 19 juin 2003, cas n° COMP/M.3187, ENTE VASCO DE LA ENERGIA/HIDROCANTABRICO/NATURCORP

⁴⁶⁴ M.- K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr. LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector : Cases and Patterns », *Colloque CERNA*, 2003, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU-Cases-2003.pdf>;p.89

Concernant les entreprises françaises on pourrait constater que l'intérêt d'EDF pour le gaz se manifeste plus tardivement par rapport à ses concurrents européens. En effet, EDF profite largement du soutien de l'Etat français pour consolider ses activités électriques avant de se lancer dans la concurrence énergétique et par là même dans l'industrie gazière.⁴⁶⁵

Pour se rendre compte de l'importance d'EDF et de son implantation sur le marché international, il suffit de s'attarder sur quelques chiffres. En 2008 le groupe représente une puissance installée de 609,9 TWh, il dessert 38,1 millions de clients et il est présent dans 22 pays du monde⁴⁶⁶. Par ailleurs, 98 filiales composent le groupe EDF dont 47 en France, 30 en Europe et 21 dans le reste du monde. L'entreprise publique confirme encore sa position internationale et son désir de diversification avec 40% de son chiffre d'affaires réalisé hors de France et plus d'un tiers hors électricité⁴⁶⁷.

GDF demeure lui aussi puissant dans son industrie et se lance à la conquête de l'industrie électrique. En septembre 2001, il participe, aux côtés de la Société Générale, aux enchères organisées par l'électricien français pour l'attribution de 6000 mégawatts de capacités, et un mois plus tard il entre dans un ambitieux projet de centrale électrique de Dunkerque. En partenariat avec Arcelor, GDF veut construire une centrale innovante, transformant en électricité les gaz rejetés par le sidérurgiste sur son site de Dunkerque⁴⁶⁸. Aux termes de ce document, Gaz de France est devenu le véritable leader du projet « DK6 »⁴⁶⁹.

A l'arrivée, l'entreprise publique apparaît comme le grand bénéficiaire des changements à venir. Une fois mise en service, la centrale de Dunkerque dotera Gaz de France d'un formidable outil d'arbitrage et de trading. Elle lui permettra aussi d'approvisionner des clients industriels souhaitant acheter leur gaz et leur électricité auprès du même fournisseur. GDF commence son positionnement sur le monde électrique, et envisage de continuer avec une stratégie de groupe multi-énergies.

⁴⁶⁵ EDF. Communiqué de presse du 09/10/06. EDF développe ses capacités d'approvisionnement et de transit de gaz naturel en Europe.

⁴⁶⁶ EDF, Rapport annuel 2008

⁴⁶⁷ CATEURA, Olivier, « Dynamique des stratégies.... » Op.cit. p.197

⁴⁶⁸ Ibid. p.325

Contrairement à EDF qui semble avoir du mal à trouver un partenaire dans le gaz, les ambitions de l'électricien RWE trouvent leur aboutissement. L'électricien allemand cherche à se développer dans des activités « multi-énergies », et parvient à atteindre son but. RWE, désireux de réduire sa dépendance du courant, voulait élargir sa position dans l'ensemble des secteurs des « utilités », et voulait détenir 10 à 15% du marché européen à l'horizon 2010 : objectif difficile à atteindre sans fusion et acquisition. Son président à l'époque, Dietmar Kuhnt, avait même fait savoir qu'il était prêt à investir 2,5 milliards d'euros par an, soit 25 milliards en dix ans. La firme veut « *éviter de se concentrer avec un seul produit* » et cherche donc à élargir sa gamme de produits énergétiques⁴⁷⁰. Elle pose un œil intéressé sur le marché européen du gaz naturel qu'elle juge « très porteur ».

En matière de gaz, les ambitions du groupe auront du mal à trouver un écho favorable sur le marché européen. RWE trouve difficilement sa place face aux géants gaziers. Mais c'est avec le rachat en 2000 du tchèque Transgas que RWE réalise ses ambitions et consolide ses pions sur le marché européen du gaz en devenant par la même occasion un acteur clé dans l'approvisionnement de gaz russe. En même temps que l'acquisition de 97% du capital de Transgas, RWE obtient entre 46% et 58% de huit compagnies de distribution régionales.

La stratégie multi-énergétique de RWE trouve son aboutissement lorsqu'il prend le contrôle, en 2000, d'un acteur clé de l'eau britannique : Thames Water⁴⁷¹. Déjà leader allemand de l'énergie, il peut se placer au troisième rang mondial sur le marché de l'eau et confirme son recentrage sur la multi énergie. Après le refus de Vivendi Environnement RWE voulait le racheter pour 30 milliards d'euros⁴⁷². Il acquiert le britannique pour 7.1 milliards d'euros et se pose en concurrents des leaders Vivendi environnement et Suez-lyonnaise des eaux en devenant le numéro trois mondial, héritant notamment de 12 millions de clients britanniques.

⁴⁶⁹ Ibid.

⁴⁷⁰ La Tribune, 13 octobre 1999

⁴⁷¹ Décision de la Com. du 27.10.2000, aff n°COMP/M.2181 RWE/ THAMES WATER

⁴⁷² La prénotification de la concentration (Décision de la Com. du 13.09.1999, aff. n° IV/M.1633. RWE/Vivendi/Berliner Wasserbetriebe)

E.ON, leader allemand de l'électricité, a développé la même stratégie énergétique que son compatriote. Les trois dernières années d'E.ON furent marquées par la mise en œuvre d'une ambitieuse stratégie énergétique européenne. Le groupe détient au début de l'année 2004 une position dominante sur le marché de l'électricité, il a pris une grosse option sur celui du gaz et a acquis de l'expérience dans le domaine de l'eau. Toutes ces activités font d'E.ON un groupe compétitif dans toutes les énergies.

L'objectif prioritaire d'E.ON reste pourtant l'industrie gazière. La « saga E.ON Ruhrgas » commence en 2001 lorsque le groupe manifeste sa volonté de monter dans le capital de Ruhrgas (dont il détient déjà 40%), le leader européen de la distribution de gaz⁴⁷³. Cette participation se fait par le biais de la société Bergemann dont il prend 52% ce qui lui permet de faire monter sa position dans Ruhrgas à 60 %. Cette opération lui offre la plus grosse société européenne gazière privée. Cette acquisition se consolide au cours des deux années suivantes pour arriver en 2003 à une fusion qui crée le second groupe européen de l'énergie. En juillet 2002, E.ON obtient l'accord du gouvernement fédéral pour finaliser l'acquisition du premier distributeur de gaz naturel allemand après le rachat des 40% encore détenus par ExxonMobil, Shell et Preussag.⁴⁷⁴ Pour devenir une de ses filiales à 100%, E.ON aura dépensé 10,3 milliards d'euros. Deuxième groupe d'énergie européen, E.ON, se ravitaille à la perspective d'une concurrence acharnée sur le Vieux Continent. Cette enveloppe financière, prévue pour des acquisitions futures, est à peine moindre que la capitalisation boursière actuelle d'E.ON, à savoir 33 milliards d'euros, et devrait aiguillonner ses concurrents.

Le rapprochement d'E.ON et Ruhrgas apparaît l'opération la plus significative en la matière. La fusion de ces deux acteurs dominants de l'industrie électrique et gazière allemande donne au nouveau groupe une position dominante sur le marché de l'énergie en Allemagne, mais également en Europe⁴⁷⁵. La fusion qui date du début de 2003 domine l'ensemble de la filière allemande de gaz, de

⁴⁷³ M.- K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr. LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector : Cases and Patterns », *Colloque CERNA*, 2003, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU-Cases-2003.pdf> ; p.23

⁴⁷⁴ Ibid.

l'extraction et de la livraison. En réalité, cette fusion de plus de 10 milliards d'euros pour E.ON, annonce la naissance et la création du numéro un mondial de l'énergie. Alors second groupe européen de «utilities», E.ON devient pratiquement un groupe dédié exclusivement à la production de gaz et d'électricité. L'acquisition des 40% de Ruhrgas marque la fin d'une longue politique de recentrage du groupe sur l'énergie. Loin d'être uniquement un bouleversement du marché allemand, l'apparition du géant allemand de l'énergie reconfigure le marché européen du gaz et de l'électricité⁴⁷⁶. E.ON se propulse au premier rang des distributeurs privés de gaz. Cette position n'a pas été acquise sans mal et en plus de la participation financière. E.ON a été obligée de conclure un accord à l'amiable avec neufs de ces concurrents qui s'opposaient à cette prise de contrôle⁴⁷⁷.

Mais avec Ruhrgas, E.ON peut encore faire face à cette concurrence. Avec l'acquisition de Fortum Energie (La transaction porte sur 100 % de l'usine de production d'électricité et de gaz de Wesertal (baptisé EWW) ainsi que sur les activités de distribution de Fortum en Allemagne), le groupe forme une entreprise de fourniture de gaz, d'électricité, d'eau et de chauffage pour une zone recouvrant l'est de la Westphalie et le sud de la Basse-Saxe⁴⁷⁸. Grâce aux accords trouvés E.ON s'est affirmé sur le marché européen, se positionnant au sommet en tant qu'un groupe d'énergie "intégré", dominant tant le marché de l'électricité que celui du gaz.

Ainsi, là où les majors pétroliers et les compagnies gazières auraient dû dominer, l'Europe retrouve des électriciens. Les mieux placées pour prendre possession des réseaux de distribution et de transport du gaz étaient les compagnies pétrolières déjà présentes dans la production ou les opérateurs gaziers disposant du

⁴⁷⁵ A.LEITE, N.CASTRO M.I.R.T.SOARES, « Electric sector mergers and acquisitions: lessons from the European Union », *Working Paper*, 2008,p.12 disponible sur www.brazilink.org/tiki-download_file.php?fileId=117

⁴⁷⁶ R.GILBERT, D.NEWBERY « Electricity merger policy in the shadow of Regulation ». *Working paper, EPE 019*, University of California Energy Institute, 2006. disponible sur http://www.iern.net/portal/page/portal/IERN_HOME/IERN_ARCHIV/Publications/Competition_Issues/57AA9CE3ED0240C1E040A8C03C2F75CBp.18

⁴⁷⁷ M. - K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr.LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector : Cases and Patterns », *Colloque CERNA*, 2003, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU-Cases-2003.pdf>, p.23

⁴⁷⁸ Ibid. p.20

savoir-faire et de l'expérience pour maîtriser au mieux les nouvelles opportunités du marché, mais, de façon étonnante, ce sont les anciens monopoles électriques qui viennent dominer la scène énergétique européenne. Après les acquisitions sur le secteur électrique, et avant l'ouverture du marché gazier, les compagnies électriques ont eu le temps d'intégrer leurs nouveaux investissements. Renforcés dans leur cœur de métier et proches de la taille absolue, les électriciens sont prêts à partir à la conquête du gaz. La taille absolue est une source de puissance financière accrue qui permet de renforcer à la fois les capacités d'acquisition à un moment de l'histoire ou de nombreux actifs publics sont privatisés et la capacité de se lancer dans de très grands projets de développement avec une meilleure répartition des risques⁴⁷⁹.

Même si les gaziers et les pétroliers ne sont pas en reste, l'organisation du nouveau marché européen se fait autour de quelques grands groupes pour la plupart d'origine électrique tels E.ON, RWE, EDF.

§§ 2. La convergence dans les activités d'aval : l'offre multiservice

Avec la libéralisation du marché, la compétition entre les différents producteurs va s'accroître. Outre la variable prix, c'est sur les services que va se jouer la compétition. Il ne suffit plus de distribuer de l'électricité aux industriels, il faut aussi leur offrir des services. L'ouverture du marché transforme les conditions de commercialisation de l'électricité, qui devient en elle-même un produit de pure commodité dont le seul facteur différenciant est le prix. Ceci oblige les fournisseurs à compléter leur offre par des prestations et des services associés. La libéralisation des marchés du gaz et de l'électricité renforce le rôle du prestataire de service qui saura développer l'expertise de fonctionnement de ces marchés pour optimiser globalement la facture énergétique de ses clients. Elle représente une rupture pour les fournisseurs mais également pour les consommateurs qui peuvent jouer de la concurrence pour faire pression sur les prix. Les entreprises les plus sensibles à ce type de « stratégie » des consommateurs seront celles qui se

⁴⁷⁹ R:PEREZ, « Diversité historique des restructurations » in ;*Restructuration d'entreprises regards croisés*, Librairie Vuibert, Paris, 2007, p.22-23

«*contenteront de fournir des produits énergétiques et qui les commercialiseront sans avoir étudié au préalable les besoins spécifiques des divers consommateurs* »⁴⁸⁰

Sur un marché libéralisé, la fourniture d'une énergie à faible coût est importante, mais pas suffisante ; les compagnies énergétiques doivent être capables de fournir une prestation multiservice. Les clients qui achètent de grandes quantités d'électricité et de gaz emploient également des quantités non négligeables de services pour faire face à cette utilisation d'énergie. Par ailleurs il est important de souligner que ces services sont pour la plupart effectués sur le site du client, ce qui tend à personnaliser le service et ainsi à fidéliser le client puisque pour la plupart, les gros consommateurs souhaitent avoir à utiliser la même compagnie pour l'approvisionnement et pour les prestations de services⁴⁸¹.

Ce nouveau segment d'activités apparu avec la libéralisation des marchés, n'est traditionnellement pas de la compétence des compagnies énergétiques. Elles sont pour la plupart incapables de fournir des services adaptés à leurs clients à l'échelle industrielle dans un environnement concurrentiel. C'est pourquoi la mise en œuvre de ces nouvelles activités passera pour être rapide et efficace par la mise en place d'alliances et d'acquisitions, mais également par le recrutement ou la formation d'un nouveau type de personnel spécialisé dans la conception de produits, le trading et les services. Les nouvelles activités liées au service auront une place grandissante du fait de la libéralisation et de l'apparition d'un marché européen concurrentiel⁴⁸². Selon les études effectuées par les équipes de Panos Cavoulaeos sur les « *projections financières d'une entreprise prévoyant la fourniture d'une gamme de services énergétiques aux plus grands clients de leur région* », la moitié des revenus prévus proviendra de la vente du gaz et des produits électriques, mais 80 % à 90 % de la rentabilité prévue proviendra des services⁴⁸³.

⁴⁸⁰ La Tribune, interview Mr Panos Cavoulacos, Vice- président de Booz Allen & Hamilton 16 février 1999

⁴⁸¹ C.DERIVE, J.LE RIDANT, P.GODIN, *Les innovations technologiques et l'électricité*, Paris, Interéditions, 1994 p.45

⁴⁸² O.CATEURA, *Dynamique des stratégies*.... Op.cit. p.336

⁴⁸³ La Tribune, interview Mr Panos Cavoulacos, Vice- président de Booz Allen & Hamilton 16 février 1999

Ces études montrent le nouvel enjeu que représentent les activités de services ; elles alimentent l'intérêt des électriciens et des gaziers pour les services, tout en rendant le secteur énergétique attrayant pour les sociétés de services. La concurrence en Europe entre les compagnies énergétiques traditionnelles et les sociétés de services semble amorcée. Les rapprochements entre Dalkia⁴⁸⁴ (la filiale de Vivendi Universal) et EDF, entre Electrabel et la CNR⁴⁸⁵, ou l'apparition de Suez Lyonnaise des Eaux⁴⁸⁶ en sont le parfait exemple.

EDF n'entend pas rester à l'écart de ce mouvement, et place l'offre de services énergétiques au centre de sa stratégie d'« énergéticien ». Cette offre permet de répondre à une demande croissante des clients qui ont tendance à externaliser les activités « support » de leur cœur de métier tout en optimisant la consommation d'énergie du client afin de contribuer à sa compétitivité. Dans cette optique, le projet commun avec Vivendi Environnement lui apporte la meilleure solution disponible avec le savoir-faire du premier spécialiste européen des services énergétiques.

En 1998, le groupe Vivendi crée Dalkia qui réunit les activités énergie-services du groupe. Vivendi s'attend alors à de forts taux de progression du secteur en Europe. Le départ de Dalkia en tant que société de commandite s'amorce lorsqu'elle absorbe les 185 filiales du groupe évoluant dans ce secteur dont elle est l'acteur majeur.

L'expérience acquise par la société et son développement la rend alors séduisante aux yeux de l'électricien français. En décembre 2000, le gouvernement français donne son accord au rapprochement d'EDF et de Dalkia, et permet ainsi la création d'un spécialiste des services énergétiques réalisant 23 milliards de francs de chiffre d'affaires (3,5 milliards d'euros), EDF est déjà présente à plusieurs niveaux sur les activités de services⁴⁸⁷. L'entreprise publique détient une compétence technique sur l'ensemble de ses installations qui lui permet de valoriser son expérience à l'étranger. EDF et Vivendi Environnement vont fournir leurs services sous l'enseigne Dalkia qui bénéficie déjà d'une renommée et d'une image

⁴⁸⁴ O.CATEURA, *Dynamique des stratégies*.... Op.cit. p.224

⁴⁸⁵ Décision de la Com. du 10.06. 2009, cas n°COMP/M.4994, ELECTRABEL/CNR

⁴⁸⁶ Décision de la Com. du 05.06. 1997, Cas n° IV/ M.916 Lyonnaise des eaux/ Suez

de marque fiable qu'il aurait été dommage de ne pas exploiter ; Dalkia sera alors une société holding détenue à 66% par VE et à 34% par l'entreprise publique qui garde cependant la possibilité de monter à 50% sa participation, au fur et à mesure de l'ouverture du marché français à la concurrence. Les expériences et les compétences respectives des deux partenaires leur permettent de créer l'un des premiers groupes de services énergétiques européen. En plus des activités dans lesquelles Dalkia évoluait déjà, EDF intègre ses compétences en matière de génie électrique et d'ingénierie⁴⁸⁸.

GDF, la consœur française de l'électricien, fait, elle aussi, promouvoir son développement et sa croissance par la prise de participation et l'acquisition de sociétés évoluant dans les services. La stratégie de GDF en la matière se dévoile plus vite. En 1997, la filiale de GDF Cofathec, troisième opérateur sur le marché du génie climatique en France, rachète la compagnie italienne Agip Servizi, alors filiale de la société italienne Agip Petroli⁴⁸⁹. Avec 20% du marché, Agip Servizi est le leader de la vente de chaleur et des services associés. En accroissant d'un tiers son chiffre d'affaires, cette acquisition confirme la croissance de Cofatech sur le marché européen, et s'inscrit dans la stratégie de développement de GDF dans le génie climatique en France et à l'étranger, puisqu'il occupe ainsi le premier rang des services énergétiques en Italie, et le troisième rang en France.

En attendant de trouver un partenaire européen de taille, GDF n'en reste pas moins actif, il continue à avancer sur l'échiquier énergétique, et notamment sur celui en Italie. Après l'acquisition de Policarbo, il absorbe, par le biais de sa filiale Cofatech Italia, un autre spécialiste du génie climatique et thermique, Zanzi⁴⁹⁰. Trois fois plus petite que Cofatech Italia, Zanzi permet tout de même à la filiale de GDF de consolider sa position en obtenant 27% du marché italien. Les opérations du groupe français sur le territoire italien ne se sont pourtant pas restreintes à l'acquisition d'entreprises, encore nombreuses compte tenu de la dispersion du secteur. En effet, GDF entend confirmer sa position de leader en s'associant à des

⁴⁸⁷ O.CATEURA, *Dynamique des stratégies*.... Op.cit. p.175

⁴⁸⁸ Décision de la Com. du 23.08.2001, cas n° COMP/M.2362, Dalkia Holding/Clemessy

⁴⁸⁹ MULTICHANNEL APPLICATIONS CENTRE, « Tackling business processes with knowledge management technology: The Cofathec Servizi case », Case studies, 2001

régies municipales, les sociétés concernées assurant la plupart du temps la distribution locale de gaz ou d'électricité. GDF a créé une première joint venture avec la régie municipale de Padoue et en 2001 avec une des régies les plus influentes du pays, celle de Milan (AEM Milan)⁴⁹¹.

C'est en 2002 que GDF trouve dans le groupe Suez le partenaire idéal pour atteindre ses objectifs en matière de services. En effet le groupe Suez, déjà fort présent dans les services en Europe et dans le monde, mène depuis quelques années une stratégie de recentrage autour de ses deux cœurs de métiers, l'environnement et l'énergie.

A la suite de la stratégie de Suez, on se rend compte qu'électriciens et gaziers n'ont pas le monopole des ambitions énergétiques. En effet, avec la libéralisation, les compagnies, alors tournées vers les services ou l'eau, élargissent leur expérience aux industries gazières et électriques. Des opérateurs nouveaux prennent position sur le marché européen de l'énergie en entrant dans le capital d'entreprises déjà expérimentées et reconnues dans ces activités. Pour illustrer ces stratégies qui d'ailleurs démontrent l'enjeu important des industries gazières et électriques, on s'appuiera sur l'évolution et la réorganisation du groupe Suez autour du marché de l'énergie belge. En 1996, la filiale belge de Suez, la Générale de Belgique (détenue à 62% par le groupe français) prend le contrôle de Tractebel en rachetant les parts d'Electrafina. En récupérant ces participations, la SGB monte à 65,1% du capital de Tractebel qui assure entre autres, 95% de la distribution d'électricité et 100% de celle du gaz⁴⁹².

A l'origine, Suez est un holding qui évolue dans des activités de services aux collectivités publiques (dont notamment électricité, gaz, câble et propreté), de services financiers aux particuliers, de gestion d'installations techniques (comme la maintenance et l'entretien d'installations et la gestion technique d'immeubles), de travaux industriels et électriques, immobilier, bâtiment et travaux publics, industrie

⁴⁹⁰ Les Echos n° 17530 du 26 Novembre 1997

⁴⁹¹ S.THOMAS « Corporate concentration in the EU energy sector », *Report commissioned by: European Federation of Public Service Unions*, 2010, p.6-8

⁴⁹² O.CATEURA, *Dynamique des stratégies....* Op.cit. p.175

(polyuréthane, métaux non-ferreux)⁴⁹³. En 1997, elle décide d'accroître ses parts de marché et ses compétences en effectuant une opération de fusion-absorption avec échange d'actions de Suez par Lyonnaise⁴⁹⁴. Le groupe Lyonnaise comprend les activités de services aux collectivités publiques (dont notamment eau, énergie, câble et propreté), de gestion d'installations techniques, de travaux industriels et électriques, de l'immobilier, des travaux publics, de l'audiovisuel.

Le rapprochement annoncé en avril 1997, donne naissance à un géant présent dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, de la propreté et des télécommunications, avec des participations conséquentes dans la finance (Sofinco, Générale de Banque et Fortis). Cette diversité des activités sera par la suite moins importante puisque, au début du 21^{ème} siècle, Suez-Lyonnaise des Eaux décide d'un recentrage de ses activités sur l'environnement et l'énergie. C'est d'ailleurs ce volet d'activités qui posent problème lors du rapprochement.

En effet, Suez est présente sur le marché belge de l'électricité et du gaz grâce à une participation (par l'intermédiaire de la Société Générale de Belgique) dans Tractebel, Electrabel et Distrigaz⁴⁹⁵. Ces deux opérations ont deux objectifs stratégiques. D'un côté, le groupe Suez renforce ses activités de services, et s'implante durablement sur le marché de l'énergie à travers ses participations dans les sociétés belges. En même temps l'alliance avec Suez permet à ces dernières de renforcer leurs compétences et d'entrer dans les activités de services en expansion en Europe.

Suez profite de Tractebel pour prendre une solide position dans le marché énergétique belge mais également européen. Par sa filiale Electrabel qui représente 95% de l'électricité produite en Belgique, Tractebel est principalement active dans la production, le transport et la vente d'électricité, et grâce à Powerfin, dans la télédistribution par câble, la gestion des déchets, l'immobilier et l'ingénierie.

Tractebel est un acteur majeur dans l'énergie mondiale car à travers ses sociétés principales la compagnie détient de nombreuses filiales en Europe et à l'étranger. Par ailleurs, Tractebel a l'avantage d'être présent sur toute la chaîne de

⁴⁹³ Ibid. p.237

⁴⁹⁴ Décision de la Com. du 05.06.1997, Cas n° IV/ M.916 Lyonnaise des eaux/ Suez

l'énergie, de la production au trading et de pouvoir faire jouer à fond la synergie gaz-électricité. Grâce à elle, Suez Lyonnaise se place au rang de troisième producteur d'électricité au monde. La société belge s'impose comme le cœur et le point central de l'ensemble du secteur énergie du groupe de services. Numéro un de l'électricité et du gaz au Benelux, il est également au premier rang en tant que fournisseur de services à l'énergie. En quelques années, Suez est devenue un acteur majeur des services et du secteur énergétique. En prenant le contrôle de la Société Générale de Belgique, de Degrémont, d'Elyo et avec sa montée en puissance dans Sita, le groupe français est devenu un sérieux concurrent aux yeux de l'énergéticien français EDF. Sa crainte est d'autant plus réelle que Suez et GDF ont fait alliance dans le domaine du gaz liquéfié. GDF trouve en Suez la possibilité d'accroître son offre énergétique en devenant fournisseur d'électricité, mais voit surtout en Suez le partenaire idéal pour se positionner sur les activités de services en Europe.

L'analyse effectuée dans cette section montre d'une manière claire les raisons pour lesquelles les entreprises décident d'étendre à la fois géographiquement et matériellement leurs activités en utilisant les concentrations comme un moyen propice. Il paraît important de voir également quelle est la nature juridique de ce vaste mouvement.

SECTION 2 – Les concentrations comme un instrument de la délocalisation des activités : la nature juridique

S'agissant de la forme juridique des opérations concentratives, le secteur de l'énergie ne se fait pas remarquer par son originalité. En se fondant sur la pratique décisionnelle de la Commission, on peut constater que dans le secteur énergétique une concentration peut prendre la forme d'une fusion, qu'il s'agisse d'une fusion-acquisition, d'une fusion-absorption ou encore d'une fusion-scission. Elle peut également se concrétiser par une prise de contrôle exclusif, se caractérisant par un « *changement de contrôle durable par l'exercice d'une influence déterminante sur*

⁴⁹⁵ O.CATEURA, *Dynamique des stratégies....* Op.cit. p.250

une entreprise indépendante » ou par un contrôle conjoint. Enfin, les parties peuvent décider de créer une entreprise commune, ou bien de s'engager dans des opérations concentratives atypiques, comme la fusion de fait, l'acquisition des actifs etc.

Afin d'apporter plus de clarification dans l'étude de la problématique, on va essayer de cerner les contours, en regroupant les opérations dans les situations les plus classiques, à savoir les opérations capitalistiques⁴⁹⁶, et celles dans les situations atypiques de concentrations non capitalistiques.

§1. Les concentrations capitalistiques

Les concentrations dites capitalistiques, c'est-à-dire celles impliquant une transaction sur le capital d'une ou plusieurs des entreprises parties⁴⁹⁷, sont de loin les situations les plus courantes et les plus fréquemment utilisées par les entreprises dans le secteur de l'énergie. Du point de vue juridique il s'agit en principe des opérations les plus aisées à identifier : les fusions de jure, les acquisitions de contrôle et les entreprises communes en plein exercice.

§§ 1. Fusions

Concernant la première forme, à la différence des autres formes de concentrations capitalistiques, comme remarque M. Brunet, la fusion n'est pas définie dans le règlement n° 139/2004⁴⁹⁸. En même temps le droit communautaire contient suffisamment d'exemples de définitions de la fusion, ce qui permet aux chercheurs de préciser les éléments caractéristiques de la notion.

On connaît beaucoup de classifications fondées sur différents critères⁴⁹⁹, mais dans ce travail on va reprendre la classification légale.

⁴⁹⁶ P. WILHELM, F. VEVEER, « La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition », *Jurisclasseur "Contrats Concurrence et Consommation"*, n° 11, novembre 2007

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ Fr. BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p. 548

⁴⁹⁹ Souvent dans la littérature on emploie la classification suivant : les effets à l'égard des associés, les effets à l'égard des dirigeants, les effets à l'égard des tiers.

Il résulte des textes communautaires⁵⁰⁰ que la fusion comporte trois éléments : la dissolution sans liquidation au moins d'une des sociétés, la transmission universelle de patrimoine et la répartition des actions et de la soule.

On peut comparer la dissolution des sociétés à la mort de personnes physiques : la dissolution marque la fin de l'entreprise.

La fusion entraîne au moins la disparition de la personnalité morale de la société absorbée. Cette disparition est immédiate et totale. Ceci est souligné dans la rédaction de l'article 14 de la directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières qui dispose que « la société absorbée *cesse* (n.a.) d'exister ». Le principe d'une survivance, même limité, de la personnalité morale n'est pas pris en compte.

Ce principe de disparition de la personne morale entraîne de nombreuses conséquences. Par exemple un acte de procédure effectué par la société qui a été absorbée par la voie de fusion est nul⁵⁰¹ ; un créancier ne peut pas assigner une telle société en vue de l'ouverture à son égard d'une procédure de redressement judiciaire en raison de la dissolution⁵⁰² etc.

En principe la dissolution ouvre la période de liquidation⁵⁰³. Mais la fusion ne nécessite aucune mesure de liquidation de la société absorbée, puisque la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante est un élément intrinsèque de l'opération.

⁵⁰⁰ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), (JO L 294, 10.11.2001), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R2157:FR:NOT> Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (JO L 310, 25.11.2005), http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2005/l_310/l_31020051125fr00010009.pdf ; Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, (JO L 225 du 20.8.1990), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0434:FR:NOT> Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes (JO L 295, 20.10.1978) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31978L0855:FR:NOT>

⁵⁰¹ Cass. Com., 11 févr.1986, SA Thomson –CSF c/ Sté Sifracco ; Juris – data n°1986 - 000312

⁵⁰² CA Paris, 17 déc. 1993, SARL LSM c/ Raymond et URSSAF Seine-et-Marne, *Revue de sociétés*, n°1, 1994, pp.106-108, note Chaput, Yves, même revue.

⁵⁰³ La liquidation - l'ensemble des opérations préliminaires au partage d'une indivision, quelle qu'en soit l'origine. (GUILLEN, R, VINCENT, J, *Lexique des termes juridique*, 14^e édition, Dalloz

La société bénéficiaire du patrimoine continue la société fusionnée comme un héritier et elle peut exercer tous les droits et actions qui pouvaient appartenir à la société disparue⁵⁰⁴. En outre, la fusion n'est pas compatible avec la possibilité pour la société absorbée de conserver certains actifs ou passifs destinés à être liquidés.

La date de la prise en effet de cette dissolution se détermine différemment dans chaque Etat membre. La directive se borne à élaborer une règle matérielle, mais en employant la technique des règles de conflit de lois, elle prévoit que la législation de l'Etat membre dont relève la société issue de la fusion, déterminera la date (article 12 de la directive 2005/56/CE). Cette date doit être postérieure à l'exécution des contrôles de la légalité.

Les directives ne posent pas d'autres exigences en ce qui concerne la dissolution. Elles restent muettes quant à la procédure et ses autres effets. Dans ce cas on doit accepter que la dissolution des sociétés absorbées soit régie par la *lex societatis* à chacune d'entre elles⁵⁰⁵.

La transmission universelle de patrimoine signifie que l'ensemble et en totalité des biens, des droits et d'obligations de la société absorbée est transféré de plein droit à la société absorbante⁵⁰⁶.

Dans la doctrine juridique la portée de cette notion n'est pas toujours aisée à cerner précisément. On sait qu'il s'agit d'un mode de transmission *sui generis*, qui ne saurait être qualifié de cession au sens du droit civil. Plus exactement on peut parler de la substitution de la société absorbante dans l'ensemble des biens, des droits et des obligations de la société absorbée.

Dès l'instant de la fusion les créanciers de la société absorbée – clients, fournisseurs, organismes publics etc., ont un autre débiteur – la nouvelle société. La transmission universelle s'opère comme une véritable dévolution de patrimoine.

⁵⁰⁴ A.KALAYDJIEV, *Restructuration des sociétés commerciales*, Sofia, Trud i Pravo, 2005 p.145

⁵⁰⁵ En ce sens G.BEITZKE. « Les conflits de lois en matière de fusion de société », *Revue critique de droit international privé*, 1967. p.1

⁵⁰⁶ A.BONNASSE, *Fusion – scission. Principes généraux*. J.Cl. Société fasc. 161-10, pp. 1-17

Les directives communautaires étudiées n'emploient pas la notion de « transmission universelle », elles parlent d'un transfert de l'ensemble du patrimoine actif et passif des sociétés qui fusionnent à la société absorbante ou à la nouvelle société (*cf.* article 14 de la directive 2005/56/CE).

Bien qu'on assiste à un rapprochement des droits après la troisième directive, et avant tout dans l'harmonisation de la notion, il reste encore des divergences entre les législations nationales.

La plus grave est liée aux conséquences de la transmission pour des tiers. Les droits allemand et italien ont été parmi les premiers à analyser la fusion comme un transfert de patrimoine avec un transfert automatique des créances et des dettes, mais sous la réserve de la possibilité pour les créanciers de la société absorbée de faire opposition et de revendiquer certaines garanties en objectant que leurs droits sont menacés. Les règles anglaises sont encore plus complexes. Selon la législation anglaise, les associés ont la possibilité d'exiger la reprise ou la liquidation de leurs droits. Quant aux créanciers, il leur est permis de solliciter le paiement de leurs créances.

Traditionnellement, la répartition des actions est présentée comme le troisième effet de la fusion. En effet cette opération a pour but de créer une continuité de l'actionariat, de façon que les actions émises par la société bénéficiaire puissent être considérées comme opérant une continuité des titres anciens.

L'analyse des textes montre que cette répartition est obligatoire et que la qualification de fusion est incompatible avec tout autre mode de rémunération des associés apporteurs.

Le terme « associés », employé dans les textes, vise non seulement les actionnaires, mais également les porteurs de parts de sociétés commerciales autres que les sociétés par actions.

Quant à la procédure de la répartition des titres, la directive ne se prononce pas. Alors on peut considérer que la répartition doit se faire selon les dispositions

relatives à la fusion selon la loi applicable à la société absorbée ou à la nouvelle société.

Il n'est pas procédé à l'échange des droits sociaux de la société bénéficiaire contre les titres de la société qui disparaît lorsque la société absorbante détient des titres de la société absorbée, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une personne qui agit pour son compte ou bien lorsque la société absorbée détient une partie de ses propres titres soit directement, soit par personne interposée.

On pourrait conclure à partir de cette argumentation que la fusion non seulement substitue une personne morale unique à deux ou plusieurs entités juridiques préexistantes, faisant ainsi coïncider unité juridique et unité économique, mais permet également la centralisation du commandement, la transmission des directives et communications, la rationalisation de la production et la répartition de celle-ci entre les diverses unités industrielles et présentes par là même des avantages pour le fonctionnement de la gestion.⁵⁰⁷

Dans cette optique la fusion transfrontalière est l'instrument de concentration privilégié.

Le rôle de la fusion a été souligné par la Commission pour la première fois dans son Mémoire du 1^{er} décembre 1965 sur la concentration dans le Marché commun⁵⁰⁸. Le marché

« exige des entreprises de taille européenne, afin que les avantages de la production de masse et de la recherche scientifique et technique profitent, sans restriction, à 180 millions de consommateurs. De nombreuses entreprises européennes devront donc [...] s'adapter, par leur croissance interne ou par la fusion avec d'autres entreprises, à ce marché plus vaste. »

La Commission a confirmé cette position dans son Livre Blanc⁵⁰⁹ sur l'achèvement du Marché intérieur :

⁵⁰⁷ B.GOLDMAN, « Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes », *RTDE*, 1974, n°3,

⁵⁰⁸ Cf. texte *RTDE*, 1966, p.651

« pour répondre aux besoins d'un véritable marché intérieur, la Communauté ne peut pas se limiter simplement aux arrangements prévoyant la création de succursales ou de filiales destinées à faciliter l'implantation d'entreprises dans d'autres Etats membres. Les entreprises doivent également pouvoir fusionner entre elles à l'intérieur de la Communauté. Cette possibilité pourrait constituer la dernière étape d'un processus de coopération qui aurait commencé, par exemple, par la simple acquisition de participations. »

Après toutes ces observations, il peut paraître surprenant que les véritables fusions énergétiques soient relativement rares et que, dans le cadre de l'Union, les entreprises aient préféré recourir à des concentrations internationales fondées sur des procédés différents de celui de la fusion.

Ce paradoxe peut être expliqué par plusieurs facteurs d'ordre juridique, économique et politique.

Sur le plan politique, il n'est pas étonnant que les Etats membres soient souvent hostiles, pour des raisons d'indépendance nationale liées au souci de « colonisation économique » sur ce secteur vital de l'économie.⁵¹⁰

Des traces nationalistes sont le plus souvent rencontrées chez les gouvernements eux-mêmes. La majorité des chefs de grandes entreprises étant désormais conscients de l'importance des restructurations transfrontalières par voie de fusion, souhaitent que de telles opérations soient enfin possibles. En effet, les États sont réticents à accepter la fusion internationale notamment pour des raisons tenant au caractère impératif de leurs lois. Il est certain que cette opération est susceptible d'affaiblir le caractère impératif des législations nationales.

⁵⁰⁹ Commission européenne, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen : L'achèvement du marché intérieur – COM(85) 310 final, p. 36

⁵¹⁰ En ce sens R.LECOURT, « Concentrations et fusions, facteurs d'intégration », *RMC*, 1968 ; Y.LOUSSOUARN, « La concentration des entreprises dans la Communauté économique européenne » *RMC*, 1968,

Cette "défense des nationalismes"⁵¹¹ manifestée par plusieurs États mise à part, il existe également des différences culturelles qu'il n'est guère évident de concilier. Ces difficultés tiennent surtout à la différence des mentalités et des modes de pensée, ainsi qu'au style différent des entreprises énergétiques, chacune préférant ses méthodes, ses conceptions, sa stratégie.

Enfin ce qui pose le plus grave problème, c'est la différence, souvent profonde, des traditions juridiques et, corrélativement, les disparités des législations nationales. Tout d'abord, la notion même de fusion n'est pas toujours identique dans toutes les législations. Très souvent ce qui peut constituer une fusion à l'égard d'un droit, ne l'est pas dans un autre système juridique.

Il en va de même en ce qui concerne les effets de la fusion. S'il ne fait aucune difficulté pour certains États, comme la Bulgarie par exemple, d'accepter qu'une fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine, d'autres, comme l'Angleterre, n'envisagent que le transfert d'actifs⁵¹².

Mais même dans l'hypothèse où la conception de l'opération et de ses effets est harmonisée, les divergences de droits nationaux en ce qui concerne le déroulement de la fusion sont loin d'être minimales. Par exemple, les droits allemand et italien organisent un contrôle judiciaire ou administratif de la fusion, alors que les droits belge et luxembourgeois confient le contrôle de l'opération au notaire. De même, les règles relatives à l'établissement du projet de fusion ou à la protection des créanciers et des associées connaissent des différences très sensibles.

Les disparités des législations nationales peuvent également se révéler profondes sur le plan fiscal. On constate des différences techniques, mais surtout des différences de politique fiscale⁵¹³. Bien que la plupart des États adoptent en droit interne des régimes de faveur pour éviter notamment la double imposition des plus-values et faciliter, ainsi, les fusions nationales, la politique fiscale de plusieurs États s'avère hostile aux fusions transfrontalières. Les États redoutent que

⁵¹¹ R.ROUTIER, *Les fusions de sociétés commerciales*, Paris, L.G.D.J. 1994, n° 426.

⁵¹² A.KALAJDIEV, *La restructuration des sociétés commerciales*, Sofia, Trud i Pravo, 2005, p.106

⁵¹³ J.BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Mélanges Gavalda*, Dalloz 2001, p. 25, n° 10

cette opération soit utilisée en tant que moyen de fraude ou d'évasion fiscale et se montrent très réticents à l'égard de toute opération internationale qui risque de réaliser un transfert de matière imposable.

Par conséquent, les régimes de faveur restent souvent réservés aux fusions internes. En revanche, pour les opérations transfrontalières l'imposition immédiate des plus-values dégagées par l'opération, en tant que bénéfiques, persiste et devient vite insupportable. Le coût fiscal d'une fusion est en effet prohibitif dès lors qu'il faut payer tous les impôts afférents à la liquidation de la société qui disparaît.

§§ 2. Acquisition de contrôle

Dans le secteur d'énergie on peut constater que les opérations des acquisitions de participation majoritaire sont beaucoup plus nombreuses que les autres. Elles s'opèrent le plus souvent par achat d'actions, mais aussi parfois par des offres publiques d'achat ou d'échange. Dans ce paragraphe on va s'arrêter sur la qualification de l'opération dans le secteur d'énergie.

Bien que du point de vue de la qualification les décisions prises par la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations ne présentent pas de particularités, deux d'entre elles méritent d'être soulignées.

La première est antérieure à la libéralisation. Il s'agit de l'opération par laquelle la société Tractebel, principalement active dans le secteur de l'électricité en Belgique par le biais de sa filiale Electrabel, a acquis le contrôle d'une partie de l'activité de Distrigaz, active dans le secteur du gaz naturel, dans le cadre d'une opération de privatisation menée par l'Etat belge⁵¹⁴. On va insister encore une fois sur le fait que cette décision anticipe sur la libéralisation. En effet, cette acquisition n'était pas totale puisque l'activité de vente de gaz en vue de la production d'électricité par Distrigaz, bien que transférée à une nouvelle société, demeurait sous le contrôle conjoint de Tractebel et de l'État belge. Il n'y avait donc pas de changement de contrôle. Toutefois, il était prévu entre Tractebel et l'État belge que Distrigaz disposerait « *d'une option d'achat "call" sur la participation* » détenue par l'État dans la nouvelle société. Cette option pouvait être exercée

⁵¹⁴ Décision de la Com. du 01.09.1994, Cas n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II)

« au cas où l'organisation du marché gazier belge serait modifiée [...] que ce soit à la suite de l'introduction d'une réglementation initiée par la Communauté, d'une décision de la Cour de justice européenne ou une autre juridiction, la modification de la législation belge [...] »⁵¹⁵.

La Commission concluait dès lors que si le contrôle demeurait inchangé, l'opération de concentration serait réalisée lorsque l'option serait exercée.

La seconde décision est plus récente et a connu un retentissement plus important. Elle concerne l'opération par laquelle le groupe Fiat a acquis, par l'intermédiaire de la société Itالenergia, le contrôle exclusif de l'entreprise d'électricité italienne Montedison et de ses filiales Edison et Sondel⁵¹⁶. Cette affaire à rebondissements a débuté en mai 2001 quand EDF a acquis 3,97% de Montedison qui, associé à Sondel, tente de devenir le deuxième producteur italien d'électricité derrière l'entreprise Enel. Cette prise de participation avait entraîné de vives réactions en Italie, en raison notamment des différences d'ouverture des marchés entre les deux États membres. La Commission elle-même avait dit comprendre la frustration provoquée par ce type d'opération mais ne disposait d'aucune compétence pour intervenir. Un peu plus tard, EDF annonçait qu'il détenait directement 20% de Montedison. Cette nouvelle a conduit le gouvernement italien, invoquant le principe de réciprocité, à adopter un décret-loi limitant à 2% les droits de vote d'EDF dans Montedison. Cette situation avait entraîné des prises de position, peut-être un peu hâtives, au moins sur le plan juridique, de certains membres de la Commission. La tempête devait cependant se calmer rapidement. C'est alors que l'entreprise Fiat est intervenue. Associée à EDF, elle a lancé une OPA sur Montedison et sa filiale Edison. Cette opération était menée par la société Itالenergia détenue à 40% par Fiat et à 18% par EDF, le reste étant réparti entre trois banques et un entrepreneur. Afin d'éviter que la situation ne s'envenime davantage, EDF a décidé de convertir 16 des 18% du capital qu'il détenait dans Itالenergia en actions privilégiées. Dès lors, ses droits de vote aux assemblées ordinaires passaient à 2%. C'est dans ce contexte que la Commission a

⁵¹⁵ Ibid. point 18

⁵¹⁶ Décision de la Com. du 28.08.2001, Cas n° COMP/M.2532 FIAT/ITALENERGIA/MONTEDISON

demandé à Fiat et Itالenergia de bien vouloir lui notifier l'opération qu'elle qualifiait de concentration, dans la mesure où les restructurations intervenues avaient permis à Fiat de prendre non seulement le contrôle d'Itالenergia mais aussi de Montedison ce qui lui conférait une dimension communautaire. La question qui se posait alors à la Commission était celle de savoir si l'entreprise Itالenergia était contrôlée uniquement par Fiat ou si EDF disposait également d'un contrôle conjoint. Elle a pu conclure que Fiat contrôlait seul Itالenergia et Montedison, et ce bien qu'il ne soit pas majoritaire dans Itالenergia, dans la mesure où EDF ne disposait, avec 2% des droits de vote, d'aucun pouvoir de contrôle. Quant aux autres actionnaires, ils étaient de simples investisseurs. De plus, Fiat, pour obtenir la majorité, devait simplement obtenir le vote de l'une des trois banques en question, ce qui ne devrait pas poser de difficulté selon la Commission, dans la mesure où Fiat exerce une influence significative sur l'une d'entre elles.

La réalisation d'une opération de concentration peut encore être le fruit de l'acquisition d'une participation minoritaire, de droits ou de contrats, dès lors qu'ils confèrent une influence déterminante sur l'entreprise⁵¹⁷. Une situation pareille, bien que rare dans le secteur de l'énergie, s'est présentée à l'occasion de la prise de contrôle par London Electricity (ci-après LE), filiale d'EDF, de la société anglaise SWEB. Cette décision est intéressante car elle illustre l'interférence entre la législation sectorielle et la qualification d'une opération de concentration. En effet LE souhaitait acquérir les activités de fourniture de SWEB. Ce projet n'a pu être mené à bien dans la mesure où cette société bénéficiait en Grande-Bretagne d'une licence, accordée par le régulateur sectoriel Ofgem, couvrant à la fois les activités de distribution et de fourniture. Or il n'était pas juridiquement possible de scinder cette licence en deux. Dès lors, SWEB devait conserver également ses activités de fourniture d'électricité. Pour pallier cette difficulté, les parties ont conclu un contrat de cession de fonds de commerce et de certains actifs de SWEB et un contrat de mandat, en vertu duquel LE sera mandataire de SWEB pour les activités de fourniture d'électricité et remplira les obligations qui résultent de sa licence.

⁵¹⁷ Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01) JO. n° C 95, 16 avril 2008 point 16-18

Face à une telle opération, la Commission a considéré que, si les problèmes liés à la licence relevaient de la réglementation sectorielle nationale, il n'en restait pas moins que par ces contrats LE avait acquis le contrôle unique de l'activité de fourniture de SWEB, et qu'il s'agissait bien d'une concentration.

Mais les opérations les plus nombreuses sont des acquisitions de contrôle conjoint. Ici encore la question de la qualification de ces opérations par la Commission n'a pas fait l'objet d'un traitement différent des autres secteurs.

On observera simplement que pour les décisions relatives à des entreprises communes intervenues avant la réforme du règlement 4064/89 de 1997, l'absence de libéralisation du secteur de l'énergie pouvait favoriser la qualification de ces entreprises communes de concentratives. En effet, à cette époque une entreprise commune était concentrative si elle satisfaisait trois critères cumulatifs. Le troisième de ces critères, à savoir l'absence de coordination des comportements concurrentiels entre les entreprises fondatrices ou entre celles-ci et l'entreprise commune, était plus facilement rempli en l'absence de concurrence sur le marché. En témoigne la position adoptée par la Commission dans l'affaire *EDF/Edison-ISE*⁵¹⁸ en 1995. En l'espèce, la Commission a considéré que la prise de contrôle conjoint par EDF et Edison d'ISE n'entraînait pas de coordination de leur comportement concurrentiel, dans la mesure où les producteurs indépendants ne pouvaient à cette époque que fournir la société nationale ENEL, selon des modalités réglementées et fixées dans un contrat à long terme.

Les décisions rendues depuis la révision de 1997 sont beaucoup plus nombreuses. Il n'est pas possible, encore une fois, de se livrer à une présentation exhaustive. À ce stade de la qualification, une décision peut toutefois être mentionnée. Il s'agit de l'opération par laquelle TXU Europe et EDF London Investments ont créé une entreprise commune active dans la fourniture de services de gestion d'actifs de réseaux et de services opérationnels. La création de cette entité répondait, selon ses fondateurs, à une nouvelle demande émanant des opérateurs de réseaux au Royaume-Uni. En effet, les règles sectorielles limitent les revenus maximums que peuvent percevoir les gestionnaires de réseaux, tout en leur

⁵¹⁸ Décision de la Com. du 08.06.1995, Cas n° IV/M.568 EDF/EDISON-ISE

imposant des exigences de qualité élevées. Dès lors, l'entreprise commune aura pour fonction d'aider ces gestionnaires à rendre plus efficace l'exploitation de leurs réseaux. Il s'agit là d'une activité nouvelle générée par la libéralisation. L'une des questions qui se posait en l'espèce était de déterminer si l'entreprise commune présentait toutes les caractéristiques d'une entreprise autonome. La difficulté provenait du fait que cette entreprise allait bénéficier, pendant sa période de démarrage, d'un financement provenant des entreprises fondatrices et qu'elle aurait comme premiers clients deux de leurs filiales. Toutefois, puisque cette situation est limitée dans le temps et au regard des autres éléments, la Commission a considéré que l'entreprise avait le caractère d'une entité autonome.

§§ 3. Entreprises communes de plein exercice

En examinant les différentes formes juridiques de concentration utilisées par les entreprises énergétiques, on doit noter en dernier lieu la possibilité de créer une entreprise commune de plein exercice. Cette forme de concentration est définie dans l'article 3, alinéa 4 du Règlement n°139/2004 comme la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

Définie de cette manière, la notion d'entreprise commune « *de plein exercice* » suppose que l'entreprise en cause opère sur le marché dans des conditions normales, c'est –à – dire qu'elle ait pour objectif d'opérer durablement sur le marché, qu'elle dispose de moyens propres lui permettant de être faire et qu'elle ait une clientèle propre et les moyens de la satisfaire⁵¹⁹.

Concernant le secteur d'énergie on peut constater que du point de vue de la qualification le secteur ne présente pas de particularités, mais on doit relever toutefois certaines spécificités.

⁵¹⁹ Fr.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008

Dans l'affaire *EDF/Louis Dreyfus*⁵²⁰ par exemple, EDF et Louis Dreyfus désirent constituer une entreprise commune (EDFT). Les parties prévoient un contrôle conjoint qui s'articule comme suit : EDF détient la majorité du capital, EDF et LD désignent un nombre égal de représentants au conseil d'administration où la majorité des décisions stratégiques sont prises à la majorité simple. EDF désigne néanmoins le « *non executive chairman* » qui a un droit de vote prépondérant, EDF possède par conséquent la majorité au conseil d'administration. En compensation, premièrement, le conseil d'administration ne peut délibérer valablement que si deux administrateurs LD au moins sont présents, ce qui revient à accorder un droit de veto à LD et deuxièmement, c'est LD qui désigne le « *Chief Executive Officer* ». C'est ce dernier qui a le pouvoir de recrutement et le droit exclusif d'initiative dans la préparation du « business plan ».

Cette répartition confère un contrôle conjoint aux deux actionnaires qui ont pourtant des participations inégales dans le capital.

Concernant l'activité principale de l'entreprise commune, on peut noter qu'elle consiste à acheter, vendre aux clients éligibles et commercialiser des produits liés à l'énergie (comme l'électricité, le gaz naturel, le charbon, le pétrole, etc.) en Europe, hormis la France, et à couvrir les risques liés à ces opérations par des activités de négoce physique et sur papier.

Pour ce faire, EDFT dispose de ses propres équipes commerciales pour la fourniture d'électricité, elle exerce ses propres activités de négoce et réalise sa propre recherche et développement. Elle dispose de ses propres ressources humaines, de tous les modèles et systèmes informatiques de négoce, et d'un capital suffisant pour effectuer ses opérations, couvrir ses risques et ouvrir des lignes de crédit avec des contreparties sans lettre de crédit ni garantie financière de la part de ses parents. Elle accomplit donc de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

Certains des contrats de fourniture d'EDFT auprès de clients éligibles non français seront conclus par EDF. Toutefois, dans ces cas, EDF pourra être considéré comme agissant en tant qu'intermédiaire pour le compte de l'entreprise

⁵²⁰ Décision de la Com. du 28.09.1999, Cas n° COMP/M.1557 EDF/ Louis Dreyfus

commune, puisque EDFT sera seule responsable de l'établissement du prix et de la structure des offres, et des conséquences économiques de la transaction.

Peut-on dès lors qualifier toujours EDFT d'entité autonome ? La Commission a estimé que c'était le cas, étant donné que seule EDFT restait responsable d'une part de l'établissement du prix et de la structure de l'offre, et d'autre part des conséquences économiques des transactions. Elle a donc conclu qu'EDF agissait comme simple intermédiaire.

Par contre, dans l'affaire *ENW/Eastern*⁵²¹, la Commission a estimé que l'ECPE qui voulaient créer ENW et Eastern n'était pas de plein exercice et sortait par conséquent de son champ d'application du Règlement. La Commission s'est basée sur les éléments suivants : une autonomie financière limitée et le fait qu'elle n'avait pas accès à des ressources suffisantes (financières, humaines et technique) pour mener ses activités sur une longue durée.

§ 2. Les concentrations non capitalistiques

L'exercice d'appréciation de la contrôlabilité d'une opération peut se compliquer en présence de concentrations non capitalistiques, qu'il s'agisse de fusion de fait, de concentrations par acquisition d'actifs, de concentrations sur une base contractuelle ou d'acquisition d'un contrôle par des liens purement économiques. Dans ce recours il est nécessaire de noter que de tels accords sont intervenus tout au long de la filière énergétique, de l'amont à l'aval, en passant par les activités de réseaux.

Les autorités de concurrence considèrent qu'en l'absence de concentration de jure, il peut y avoir une concentration de fait, lorsque « la combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique »⁵²², « d'une unité économique commune ». Dès lors que l'opération entraîne une fusion de fait des entreprises concernées, qui ne forment plus qu'un seul et même ensemble économique, cette opération peut être qualifiée de concentration. Pour qu'il y ait concentration de fait, il faut une gestion

⁵²¹ Décision de la Com. du 15.10.1998, Cas n° IV/M.1315 ENW/EASTERN

économique unique et permanente, ajoutée à d'autres facteurs, tels la compensation des pertes et profits entre les entités du groupe, leur responsabilité solidaire et le partage des risques externes⁵²³.

L'acquisition d'actifs représente aussi une forme de concentration utilisée dans le secteur. Ce type d'opération peut être constitutif d'une concentration dès lors que « ses actifs constituent l'ensemble ou une partie d'une entreprise, c'est-à-dire une activité se traduisant par la présence sur un marché et à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté »⁵²⁴, qu'il s'agisse d'actifs corporels ou incorporels. Dans ce recours on peut citer la concentration entre Vattenfall et Elsam and E2 Assets⁵²⁵ qui représente d'une acquisition de centrales électriques.

La cession d'une clientèle entraînant le transfert d'une activité générant un chiffre d'affaires sur le marché, peut constituer aussi une opération de concentration utilisée dans le secteur d'énergie. Un exemple emblématique dans ce sens représente la concentration *ECS/IEH*⁵²⁶.

Dans cette affaire, en conséquence de l'évolution législative et réglementaire en Belgique, les intercommunales doivent se dessaisir de leurs activités de fournisseur d'énergie à la clientèle éligible et se limiter à l'activité de gestion des réseaux de distribution. Les intercommunales mixtes, représentées par INTERMIXT et Electrabel ont convenu par le biais d'un Mémorandum of Understanding que ECS se substituerait aux intercommunales dans leur rôle de fournisseur d'électricité aux clients éligibles en étant désigné fournisseur par défaut. En contrepartie les intercommunales pourraient participer aux résultats d'ECS à concurrence de 40%, pour une participation au capital limitée à 5%. Enfin, Electrabel demeurerait actionnaire des intercommunales leur cédant progressivement une partie du capital détenu à une valeur nettement inférieure à la valeur économique aux intercommunales. L'acte constitutif de la concentration est

⁵²² Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01) JO. n° C 95, 16 avril 2008 § 10

⁵²³ Ibid.

⁵²⁴ Ibid. § 24

⁵²⁵ Décision de la Com. du 22 décembre 2005. aff. COMP/M. 3867, Vattenfall/Elsam and E2 Assets

⁵²⁶ Décision de la Com. du 23 décembre 2002, Aff. COMP/M.2857 – ECS/IEH

donc le Memorandum of Understanding adopté par le Conseil d'Administration d'IEH le 25 février 2002.

Suite à l'opération, les intercommunales se défont de l'activité de fourniture aux clients éligibles qui n'ont pas sélectionné de nouveau fournisseur. La transaction considérée implique donc un transfert de clientèle en contrepartie d'une rémunération des intercommunales par le biais d'une participation au bénéfice de ECS et d'une baisse de la participation d'Electrabel dans leur capital. Il en résulte que ce transfert de clientèle doit être assimilé à une cession d'actifs et représente donc une forme de concentration.

La prise de contrôle d'une entreprise réalisée sur une base contractuelle constitue une opération de concentration préférable dans le domaine de l'énergie ; surtout si le contrat confère au créancier le contrôle de la direction et des ressources de l'autre entreprise et qu'il a une « durée extrêmement longue »⁵²⁷. Il peut s'agir par exemple de contrats de location-gérance des activités, conférant à leur créancier le contrôle de la gestion et des ressources de l'entreprise, alors même qu'aucune cession des droits de propriété ou d'actions n'a été effectuée.

Les autorités de concurrence considèrent que, « dans des circonstances exceptionnelles, une situation de dépendance économique peut conduire à un contrôle de fait » d'une entreprise sur une autre⁵²⁸. Concernant le secteur d'énergie il faut alors analyser si les liens purement économiques, tels que des relations commerciales très privilégiées⁵²⁹, la dépendance financière de la société cible à l'égard de l'acquéreur, « conjugués à des liens structurels » confèrent une influence déterminante sur une entreprise. Ces liens économiques ne sauraient suffire, à eux seuls, à conférer l'acquisition d'un contrôle, et doivent aussi être combinés à d'autres liens⁵³⁰.

⁵²⁷ Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée op.cit., § 18.

⁵²⁸ Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée op.cit., § 20

⁵²⁹ Par exemple très importants contrats de livraison à long terme, contrats commerciaux exclusifs, principal partenariat économique etc.

⁵³⁰ Les autorités de concurrence utilisent alors la technique du faisceau d'indices (par ex, Décision de la Com. du 28 juillet 1993 aff. IV/ESCS.1031, US/Sollac/Bamesa,).

CHAPITRE IV

Les obstacles devant la mobilité des entreprises énergétiques

Sensibles au caractère politique de la sécurité énergétique, les pouvoirs publics nationaux sont souvent hostiles à toute mobilité des sociétés énergétiques. Cette sensibilité se traduit par la mise en place de dispositifs juridiques protectionnistes et la création d'obstacles devant la mobilité. On peut regrouper ces obstacles en deux catégories. La première englobe tous les obstacles liés à la libéralisation du secteur de l'énergie (**SECTION 1**), alors que la seconde inclue ceux liés à la restructuration du secteur et plus particulièrement à la privatisation des entreprises énergétiques (**SECTION 2**).

SECTION 1

Les obstacles liés à la libéralisation : la protection des champions nationaux

Selon A.G. SOARES, la notion de « champion national » recouvre deux réalités. D'une part elle peut faire référence à l'intervention d'un gouvernement à l'appui d'une concentration entre deux entreprises nationales, d'autre part elle fait référence à l'intervention étatique dans le but d'empêcher ou du moins de limiter l'acquisition d'une entreprise nationale par une entreprise étrangère⁵³¹. Cette idée de champion national reste aujourd'hui bien présente, même si elle ne s'est véritablement ancrée dans le discours politique qu'au moment même où elle devenait contestable au regard des exigences du droit communautaire.

§ 1 La construction politique de la thématique du champion national

En réalité, dans le processus de restructuration du secteur encouragé par la Commission Européenne au nom du libéralisme et de la disparition des entreprises

publiques, les groupes qui avaient le monopole dans les grands pays (la France, l'Allemagne) disposent d'un avantage de taille pour acquérir les sociétés énergétiques des petits pays (la Pologne⁵³², la Belgique, la Bulgarie...) ⁵³³. Cette dissymétrie provoque des réactions patriotiques qui sont d'autant plus fortes que le secteur de l'énergie est considéré comme stratégique sur le plan national.

§§ 1. Une préoccupation croissante des gouvernements nationaux

Dans le cas du projet d'offre hostile de l'italien Enel sur Suez, la question de la réciprocité a été posée du côté français. Le PDG de Gaz de France a souligné devant les députés qu'il était impossible d'acheter cette entreprise, non seulement parce que l'Etat italien en détenait 32 %, mais encore parce que nul actionnaire ne peut détenir plus de 3 % des actions de la société, sous peine de perdre ses droits de vote. Par ailleurs, le Ministre de l'Economie italien peut s'opposer à une acquisition de plus de 3% d'Enel s'il juge la transaction "*contraire aux intérêts vitaux nationaux*".

Pour justifier la fusion Suez-GDF face à la menace d'une OPA de l'italienne ENEL, le Premier Ministre français à l'époque, Dominique de Villepin a déclaré que :

*« L'indépendance énergétique de notre pays est un enjeu stratégique pour la France...la fusion de Gaz de France et de Suez semble aujourd'hui la voie la plus appropriée. Avec cette fusion, nous avons l'ambition de créer un des tout premiers groupes mondiaux de l'énergie »*⁵³⁴.

⁵³¹ A.G.SOARES, « "National Champions" Rhetoric in European Law Or the many faces of protectionism », *World Competition*, n°31(3), 2008, p.358

⁵³² En Pologne, le gouvernement a décidé d'annuler la vente du producteur d'électricité Zespol Elektrownia Dolna Odra (Zedo) à l'espagnol Endesa afin de constituer un champion national contrôlé par l'Etat. L'objectif a été de créer le groupe énergétique polonais Polska Grupa Energetyczna (PGE) en fusionnant les entreprises polonaises PSE, BOT et ZEDO

⁵³³ S.ADETORO. « Liberalisation of the Energy Sector – Is it reserved for Countries with Overcapacity? » *EEELR*, volume 18, issue 3, June 2009, p.187

⁵³⁴ J.ALVES, Zapatero et Villepin affichent un même patriotisme économique, **Les Echos**, 14/03/2006.

Le Premier Ministre français, lors d'une réunion à Madrid en avril 2006, a rencontré son homologue espagnol, Luis Rodriguez Zapatero. C'était l'occasion de déclarer que les deux gouvernements avaient des points de vue convergents sur les opérations hostiles dans le secteur de l'énergie. Une loi espagnole du 27 février 2006 permet à la Commission du Marché de l'Énergie (CNE) d'opposer éventuellement son veto ou d'imposer de dures conditions à la concentration de l'allemand E.ON sur le premier groupe électrique espagnol, Endesa.⁵³⁵

Ce regain de patriotisme économique se retrouve aussi au Luxembourg, en Allemagne, tout comme dans des pays hors de l'Union - aux États-Unis⁵³⁶ ou en Chine⁵³⁷.

Il semble que le gouvernement du Royaume-Uni soit le seul à ne pas être préoccupé par cette question, les acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers y étant perçues comme une preuve de l'attractivité économique du pays. Pour un observateur de la City :

*“ Londres ne serait pas ce qu'elle est si nous refusions les offres des sociétés étrangères. C'est ce que l'on appelle l'effet Wimbledon : ayons un merveilleux tournoi de tennis, et tant pis si les meilleurs joueurs viennent d'ailleurs. ”*⁵³⁸

§§ 2. Le patriotisme énergétique et la construction européenne

Les projets de fusions énergétiques aggravent la crise politique que traverse l'Europe car divers pays entendent défendre leurs champions nationaux. En réponse à la question s'il était préoccupé par la montée du protectionnisme dans certains

⁵³⁵ En février 2006, l'électricien allemand E.ON a lancé une contre OPA sur l'espagnol Endesa, déjà cible d'une offre hostile de son compatriote Gas Natural, cette initiative allait à l'encontre des intérêts du gouvernement espagnol de constituer un champion national de l'électricité et du gaz

⁵³⁶ Aux États-Unis, China National Offshore Oil Corporation, troisième compagnie pétrolière chinoise a tenté en 2005 de racheter le sixième groupe pétrolier américain, UNOCAL. Cette opération n'a pas abouti devant l'opposition des dirigeants politiques des États-Unis. En invoquant la sécurité du pays, le Congrès américain s'est aussi opposé au rachat par DP World, une entreprise des Emirats Arabes Unis, de plusieurs ports américains.

⁵³⁷ En Chine, lors de la réunion plénière de l'Assemblée Populaire Nationale en mars 2006, plusieurs hauts responsables ont mis en garde le gouvernement contre tout bradage des intérêts nationaux et ont demandé un contrôle renforcé des investissements étrangers dans le pays

⁵³⁸ M.-L.CITTANOVA, « Pour les OPA, les britanniques cultivent l'effet Wimbledon » *Les Echos*, 27/02/2006

pays européens, Vladimir Spidla, à l'époque le Commissaire européen chargé de l'emploi et des affaires sociales, a déclaré :

*“L'intégration européenne doit permettre de dépasser tous les nationalismes... Elle nous a permis de tirer un trait sur les guerres mondiales, de créer un marché unique, de procéder à trois vagues d'élargissements et à nous doter d'une monnaie unique. Je ne connais aucune autre partie du monde ayant connu de tels bouleversements... Mais l'intégration peut provoquer des craintes et des replis qu'il faut refuser”*⁵³⁹

Malgré les réticences du gouvernement espagnol, l'allemand E.ON est finalement parvenu à acquérir Endesa, et après l'imbroglie juridique déclenché en Italie par le projet de contrôle d'Edison par EDF, le gouvernement italien a fini par céder. Le point commun de toutes ces affaires est la remise en cause d'un principe clé du marché européen, la libre circulation. Selon les dispositifs du Traité de Rome, toutes les restrictions aux mouvements de personnes, de services et de capitaux entre les états membres sont interdites. Le Commissaire européen en charge des dossiers de Justice, Franco Frattini, a déclaré souhaiter l'émergence d'un *“patriotisme européen”* face à des pays comme l'Inde ou la Chine et José Manuel Barroso, le président de la Commission européenne, a lancé un appel *“aux responsables européens pour éviter tout retour à la rhétorique nationaliste”*.⁵⁴⁰

Ainsi, pour Bruxelles les projets énergétiques européens devraient exclure le critère de nationalité pour ne retenir que les projets les plus pertinents au niveau économique, la référence étant l'expérience réussie dans le domaine de la défense et de l'aéronautique avec EADS.

Les diverses prises de position patriotique des gouvernements nationaux peuvent être perçues comme des signes d'inquiétude chez ces politiques de voir leur pouvoir décliner face à la mondialisation et aux institutions européennes. Pour les adeptes du projet européen d'un marché unique d'énergie, ces réactions sont dépassées, on ne peut à la fois se féliciter des acquisitions des entreprises

⁵³⁹ Cité d'après L.COHEN-TANUGI, « Le patriotisme économique et l'Europe » *Les Echos*, 14/03/2006

nationales à l'étranger et fermer ses propres frontières aux concurrents étrangers. Mais si les Etats se préoccupent de la sauvegarde des intérêts nationaux, c'est peut-être aussi parce que l'Europe dans une seule perspective de libre échange, et par manque de délégation de pouvoir de la part des pays membres, n'est pas en mesure de faciliter la création de véritables "*champions européens*".

Au terme de treize années de discussions, les Etats membres européens ne sont pas parvenus à s'entendre sur un régime uniforme.

La rénovation de l'ex-article 82 du traité de la Communauté européenne sur les abus de position dominante (article 102 TFUE) devrait donner plus de marge de manœuvre aux entreprises leaders sur leur marché. Il s'agit d'une approche plus économique que juridique, qui se place davantage au niveau de l'intérêt des clients et qui s'apparente à la "*règle de raison*" en vigueur aux Etats-Unis pour analyser les positions dominantes⁵⁴¹. On va se concentrer sur cette question dans la deuxième partie de ce travail.

L'Europe, déjà handicapée par une faible croissance, par une impasse institutionnelle, par des conflits au sujet de son futur élargissement, se trouve aujourd'hui confrontée également à la défense ou à la promotion des "*champions nationaux*" dans le secteur énergétique. Mais même si ces initiatives patriotiques ne sont pas juridiquement attaquables au titre de la défense de la concurrence, Bruxelles reste relativement impuissant.

§ 2. La gestion opérationnelle par les règles communautaires

La déconstruction des formes juridiques de cette politique va de pair avec une certaine reconstruction des voies qu'est susceptible d'emprunter l'idée de champion national. Cette question pose un défi relatif à la légitimité de la Communauté et des règles qu'elle édicte.

⁵⁴⁰ Ibid.

⁵⁴¹ K. DE MEYER, « Abus de position dominante : Bruxelles se rapproche de la règle de raison américaine » *Les Echos*, 19/12/2005

Une telle constatation peut être argumentée par l'analyse de deux types de règles inclus dans le Règlement CE n° 139/2004⁵⁴².

§§ 1. La règle des deux tiers

Les règles relatives à la répartition des compétences entre les Etats membres et la Communauté européenne en matière de concurrence sont primordiales pour le bon fonctionnement du système. Elles sont d'autant plus importantes que l'on se situe dans un secteur des plus sensibles, en phase de restructuration, encore que du point de vue national, une intervention étatique dans les opérations de réorganisation des entreprises semble légitime. Dans ce sens l'encadrement des limites des compétences étatiques est d'une véritable importance.

Le règlement CE sur les concentrations prévoit un certain nombre de seuils au-delà desquels l'opération est dite de dimension communautaire⁵⁴³. Lorsque l'opération présente une telle dimension, le principe observé est celui de la compétence exclusive de la Commission⁵⁴⁴ au titre du principe du guichet unique⁵⁴⁵. Toutefois les Etats membres ont opposé une certaine réticence à cette exclusivité. Lors de la révision dudit règlement en 1997 et 2004, les négociations n'ont pas abouti à la baisse de ces seuils, baisse qui aurait eu pour conséquence l'élargissement du champ de compétence de la Commission⁵⁴⁶.

La règle des deux-tiers illustre cette résistance étatique. Le règlement précise en son article premier paragraphes 2 et 3 qu'

« une concentration est de dimension communautaire [...] à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des

⁵⁴² Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004

⁵⁴³ A.G.SOARES. *Op.cit.* p.358

⁵⁴⁴ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, Art. 1er

⁵⁴⁵ Le fait qu'une concentration entre dans le champ d'application du règlement exclut l'application des législations nationales relatives au contrôle des concentrations- art. 21, paragraphe 3 du Règlement (CE) n°139/2004.

⁵⁴⁶ Fr. BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p. 548

deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre »⁵⁴⁷.

Dans une telle hypothèse, en exception à la compétence de la Commission, ce sont les règles nationales qui trouvent à s'appliquer.

En même l'existence et l'application de cette règle soulève des inquiétudes aussi bien sur le plan théorique⁵⁴⁸ que dans la pratique. Les Etats décident des opérations impliquant de grandes compagnies dont le chiffre d'affaires atteint des seuils leur conférant une dimension communautaire. Cette réserve de compétence étatique peut en effet conduire à une application des règles nationales par une autorité nationale alors même que les aspects transfrontaliers de l'opération en cause sont forts notamment dans les secteurs en phase de libéralisation⁵⁴⁹. C'est la raison pour laquelle l'intervention étatique peut être considérée comme une méthode de protection des champions nationaux, notamment lorsque l'Etat occupe une place majeure au sein de la Communauté et que les entreprises concernées sont importantes.

Deux affaires illustrent l'utilisation de ce recours par les Etats de cette règle dans le domaine de l'énergie.

La première c'est la proposition de fusion entre l'opérateur allemand sur le marché de l'électricité E.ON, et Ruhrgas, l'importateur et l'opérateur de transmission de gaz naturel dominant en Allemagne, a donné lieu à une décision de refus de l'autorité de concurrence allemande⁵⁵⁰. comme les parties réalisent plus de deux tiers de leur chiffre d'affaires en Allemagne, la Commission n'a pas pu intervenir. Des doutes peuvent être soulevés quant à la pertinence de cette compétence nationale dans la mesure où l'Allemagne constitue le marché de l'énergie le plus important d'Europe et que ce pays détient une place stratégique centrale du fait de son positionnement géographique au sein de la Communauté⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, Art. 1er

⁵⁴⁸ Ch. GAVALDA, G.PARLIENI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^e éd. LITEC, Paris,

⁵⁴⁹ A.G.SOARES, *op.cit.* p.356.

⁵⁵⁰ Décision du Bundeskartellamt 4000-U-109/01 du 21 janvier 2002, *E.ON/Ruhrgas*

⁵⁵¹ P.CAMERON, *Competition in energy markets, law and regulation in the European Union*, second edition, Oxford, 2007, p.384.

Le gouvernement allemand est intervenu par la suite en délivrant une autorisation ministérielle avec le motif que l'intérêt général, lié notamment à l'accroissement de la compétitivité sur les marchés internationaux et à la sécurité d'approvisionnement, l'emportait sur les éventuelles restrictions concurrentielles⁵⁵².

Une seconde affaire porte sur l'offre de rachat par Gas Natural de l'entreprise Endesa. Bien que le cas ait été référé à l'autorité espagnole, Endesa s'est adressé à la Commission considérant que l'affaire relevait de sa compétence, les conditions de la règle des deux tiers n'étant pas remplies. La Commission a considéré que la concentration n'avait pas de dimension communautaire et ne relevait donc pas de sa compétence⁵⁵³. Le calcul des seuils représente également une difficulté mentionnée souvent lors de l'application de cette règle.⁵⁵⁴ Alors que les effets de l'opération sur la concurrence au niveau communautaire semblaient évidents, l'affaire a été analysée au niveau national et a bénéficié du soutien gouvernemental.

Enfin, on peut se demander si cette règle ne va pas influencer potentiellement le choix opéré par les entreprises. Lors de la prise de décision d'une entreprise d'effectuer une offre de rachat d'une autre entreprise, la première pourrait déterminer sa cible de façon à ce que seule l'autorité nationale soit compétente. Cette règle aurait ainsi un impact direct sur le comportement des entreprises et de cette façon sur le bon fonctionnement du marché intérieur de l'énergie. Ainsi elle constitue un outil de « protectionnisme économique » permettant aux Etats de protéger et de renforcer leurs entreprises nationales. Du coup les gouvernements ont la possibilité d'intervenir dans ces affaires. Pour ce qui

⁵⁵² *Ibid.*, p.384-385.

⁵⁵³ Décision de la Commission du 15 novembre 2005, aff. COMP/M.3986, *Gas Natural/Endesa*, TPI, arrêt du 14 juillet 2006, aff. T-417/05, *Endesa c./Commission*, Rec.2006 p. II-2533

⁵⁵⁴ Comme une illustration on peut remonter ici le fait que dans son argumentation devant la Cour Endesa fait valoir que la Commission ne s'est pas prononcée sur le fait que, le jour de l'annonce de l'OPA, le 5 septembre 2005, les seules normes comptables en vigueur étaient les normes IAS/IFRS. À la suite de la substitution de tous les référentiels comptables nationaux par les normes IAS/IFRS, les seuls comptes consolidés pouvant être pris en considération pour déterminer la dimension communautaire de la concentration auraient été ceux établis conformément aux normes comptables en vigueur. De son côté la Commission, soutenue par les parties intervenantes, fait valoir que l'invocation du fait que la nouvelle réglementation comptable était en vigueur en septembre 2005 ne vise qu'à dissimuler que les comptes de 2004 devaient obligatoirement être établis conformément aux PCGA.

est des entreprises, elles peuvent influencer plus facilement le choix nationaux que celui de la Commission⁵⁵⁵.

On peut observer un autre aspect du même phénomène, cette fois dans les exceptions prévues en vue de l'application du principe du guichet unique.

§§ 2 L'invocation de l'article 21, paragraphe 4 du Règlement

Le recours à cet article requiert une attention plus particulière que celle de la règle des deux-tiers dans la mesure où celle-ci ne laisse pas de marge de flexibilité à la Commission, contrairement à l'article 21 paragraphe 4 du règlement. Si les Etats membres ont la possibilité d'intervenir en se basant sur des règles de compétence, ils le peuvent également à un stade ultérieur alors même que l'opération concernée a une dimension communautaire et que la Commission est déjà intervenue.

a La définition des intérêts légitimes

Le principe du guichet unique connaît une exception majeure qui permet aux Etats membres de recouvrer le contrôle d'une opération de concentration de dimension communautaire en l'interdisant ou en y ajoutant des conditions supplémentaires. L'article 21 du règlement interdit l'application par les Etats de leurs règles nationales aux concentrations de dimension communautaire⁵⁵⁶. L'intérêt de cet article tient notamment dans son paragraphe 4 qui énonce en son alinéa premier que :

« Les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement [...]»⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Ainsi, l'entreprise Endesa ne souhaitant pas être absorbée par Gas Natural a cherché à obtenir la compétence de la Commission afin d'éviter que son affaire soit traitée au niveau national, le rachat bénéficiant du soutien gouvernemental.

⁵⁵⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004-. Art. 21, paragraphe 3

⁵⁵⁷ *Ibid*, art. 21, paragraphe 4 alinéa 1

Les Etats peuvent dès lors invoquer des intérêts autres que concurrentiels. Cet article⁵⁵⁸ dresse une liste assez « *restrictive* »⁵⁵⁹ d'intérêts considérés comme légitimes. Il s'agit de la sécurité publique, de la pluralité des médias ainsi que des règles prudentielles. Au-delà de ces intérêts dits « *intérêts reconnus* »⁵⁶⁰, les Etats membres peuvent, sous certaines conditions, invoquer « *tout autre intérêt public* »⁵⁶¹.

Toutefois, la Commission a encadré le recours par les Etats membres à cet article de deux façons distinctes. En premier lieu, cet article offre à la Commission une base juridique à son intervention. La liberté offerte aux Etats membres n'est pas illimitée. Les Etats doivent respecter certaines conditions de forme.

Lorsque les Etats invoquent un intérêt autre que les trois intérêts prévus dans cet article, ils se trouvent dans l'obligation de communiquer à la Commission les mesures envisagées avant leur adoption. Elle devra se prononcer sur leur « *compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire* »⁵⁶².

La situation est toutefois différente lorsqu'ils souhaitent protéger un intérêt reconnu. Le régime applicable ne prévoit pas d'obligation de notification préalable, et ce alors même que les mesures

« *sont susceptibles d'entraver ou d'interdire la réalisation d'une concentration de dimension communautaire [...]* »⁵⁶³.

En ce qui concerne cette catégorie d'intérêts, la Commission est allée plus loin que la lettre du règlement. Elle a admis que, pour assurer l'effet utile de l'article 21 paragraphe 4 alinéa 3, lu en conjonction avec l'article 10 du traité CE relatif au principe de coopération loyale, les autorités nationales devaient sous

⁵⁵⁸ *Ibid*, art. 21 ; paragraphe 4 alinéa 2

⁵⁵⁹ S.GRANDO, O.DÉBOUZY, « La Commission européenne concurrencée », *Constructif*, n° 19, Février 2008, disponible sur

http://www.constructif.fr/Article_37_66_466/La_Commission_europeenne_concurrencee.html

⁵⁶⁰ A titre d'exemple Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006, IP/06/1265

⁵⁶¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004., Art. 21, paragraphe 4 alinéa 3

⁵⁶² *Ibid*

⁵⁶³ IP/06/1265, op.cit. ; cf. Décision de la Commission du 5 décembre 2007, aff. COMP/M.4685, *Enel/Acciona/Endesa*, point 23.

certaines conditions lui notifier les mesures⁵⁶⁴. Ce sera le cas lorsqu'il existe des doutes sérieux quant au fait de savoir si les mesures nationales, susceptibles d'affecter une opération de concentration de dimension communautaire, poursuivent effectivement un but de protection d'un intérêt reconnu et/ou sont compatibles avec les principes de proportionnalité et de non-discrimination⁵⁶⁵. Cet article implique donc le respect de règles d'ordre substantiel. La Commission indique que ces mesures, mêmes lorsque des intérêts reconnus sont concernés, doivent être

*« nécessaires et proportionnées pour protéger des intérêts
qui sont compatibles avec tous les aspects du droit communautaire
»*⁵⁶⁶.

En second lieu, outre ces limitations textuelles, la Commission a également encadré de son propre chef la possibilité d'invocation d'intérêts légitimes. Elle a tout d'abord retenu une définition restrictive de la notion d'intérêt légitime. En raison du caractère dérogatoire de cette possibilité, la Commission considère qu'une interprétation stricte est nécessaire. Il s'agit ici d'une application classique de la jurisprudence communautaire ; la notion d'intérêt légitime constituant une notion autonome, les Etats ne peuvent unilatéralement lui attribuer un sens particulier⁵⁶⁷.

Dans le secteur de l'énergie, l'intérêt généralement invoqué est celui de la sécurité d'approvisionnement. La Cour de justice a reconnu dans l'arrêt *Campus Oil* que

*« le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement
minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de*

⁵⁶⁴ Décision de la Commission du 26 septembre 2006, aff. COMP/M.4197, *E.ON/Endesa*, point 25, cf. Décision de la Commission du 20 juillet 1999, aff. COMP/M.1616 (*référé*), *BSCH/Champalimaud*, points 65-67: "In order to ensure the effet utile of Article 21(4) of the Merger Regulation, read in conjunction with Article 10 EC (obligation of loyal cooperation), the same shall apply in case of serious doubts as to whether national measures liable to prohibit, submit to conditions or prejudice a concentration with a Community dimension genuinely aim to protect a "recognised interest" and/or comply with the principles of proportionality and non discrimination".

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ Cf. Communiqué de presse de la Commission du 29 novembre 2006, IP/06/1649

⁵⁶⁷ V. aff. n°COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*, point 57 ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-503/99, *Commission c/ Belgique*, , Rec 2002. p.I-4809, point 47

nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique »⁵⁶⁸.

En effet la Commission a posé une autre limitation. Elle considère qu'un Etat membre ne peut invoquer un intérêt telle la protection de sa politique économique générale en tant que justification d'un obstacle à une liberté économique reconnue par le traité CE⁵⁶⁹.

En ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement, elle précise qu'il doit s'agir d'une « *menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »⁵⁷⁰. La question se pose de savoir si cet intérêt peut être soulevé de façon générale ou s'il peut l'être seulement en temps de crise comme le suggère la Cour de Justice qui énonce qu'

« il convient donc de vérifier si les entraves résultant de la réglementation en cause permettent d'assurer dans l'État membre concerné, en cas de menace réelle et grave, un approvisionnement minimal en produits pétroliers et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin »⁵⁷¹.

Enfin, la Commission a admis la possibilité pour les Etats de recourir à la régulation. Toutefois, les mesures doivent s'inscrire dans le cadre réglementaire applicable afin de réguler le comportement des acteurs sur le marché, et ne doivent pas avoir pour objet de réguler l'opération de concentration en cause⁵⁷².

b. L'invocation des intérêts légitimes dans le secteur de l'énergie

L'affaire Endesa constitue un parfait exemple de l'invocation des intérêts légitimes, invocation à laquelle les institutions communautaires ont vivement réagi.

i. La Saga Endesa

⁵⁶⁸ CJCE, 10 juillet 1984, aff. 72/83, *Campus Oil*, Rec 1984. p.2727, point 35.

⁵⁶⁹ Décision de la Com. du 05.12.2007, aff. n° COMP/M.4685 ENEL/ACCIONA/ENDESA, Point 110

⁵⁷⁰ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, Rec.2002. p.I-4781, point 48.

⁵⁷¹ *Ibid*, point 49

⁵⁷² Décision de la Com. du 27.01.1999, aff. n° IV/M. 1346 EDF/LONDON ELECTRICITY, point 8.

En 2005, l'opérateur espagnol Gas Natural lançait une offre publique d'achat hostile sur l'entreprise espagnole Endesa. L'opération a été traitée par l'autorité de concurrence espagnole⁵⁷³ qui s'y est opposée, estimant qu'elle résultait, à un degré assez élevé, d'une concentration au sein des marchés nationaux de gaz et d'électricité⁵⁷⁴. Malgré cette opposition, le gouvernement espagnol est intervenu afin de l'autoriser⁵⁷⁵ sans doute motivé par le fait que l'opération concernait deux acteurs nationaux dont le rapprochement aurait permis la création d'un opérateur national actif sur les marchés à la fois du gaz et de l'électricité.

L'Etat est intervenu une seconde fois pour tenter de faire échouer, ou du moins pour encadrer, le rachat de la compagnie nationale Endesa par une entreprise étrangère. A la suite de l'annonce d'une offre plus intéressante de rachat d'Endesa par E.ON, les autorités espagnoles ont adopté une mesure⁵⁷⁶ renforçant les attributions du régulateur espagnol de l'énergie, la CNE⁵⁷⁷, soumettant à son approbation préalable l'acquisition, par une entreprise, de plus de dix pourcent du capital d'une compagnie active dans un secteur régulé. En juillet 2006, cette concentration a été soumise à dix-neuf conditions⁵⁷⁸.

Considérant cette mesure contraire à l'article 21 du règlement, la Commission a pris une décision⁵⁷⁹ qu'elle dû réitérer après que le ministre espagnol de l'industrie a imposé de nouvelles conditions à ce rachat dans le cadre d'un recours administratif à l'encontre de la décision de la CNE⁵⁸⁰. La Commission a relevé que grâce à ses nouveaux pouvoirs la CNE devait examiner toute opération de concentration comme inachevée. En pratique la seule opération concernée était l'offre de rachat d'Endesa par E.ON et non l'offre de Gas Natural⁵⁸¹. Les autorités espagnoles ont été averties qu'elles se devaient de notifier à la Commission les

⁵⁷³ *Ibid.*,

⁵⁷⁴ Tribunal de Defensa de la Competencia, décision du 5 janvier 2006

⁵⁷⁵ St.VERDE, "Everybody merges with somebody – The wave of M&As in the energy industry and the EU merger policy", *Energy policy*, n° 36, 2008, p.1129

⁵⁷⁶ Décret royal 4/2006 du 24 février 2006, modifiant les fonctions de la Commission Nationale de l'Energie, cf. Décision de la Com. du 25.04.2006, aff. n° COMP/ M.4110 E.ON/ENDESA, point 11; approuvé par le Parlement espagnol le 23 mars 2006, cf. VERDE, Stephano, *op.cit.*, p.1129.

⁵⁷⁷ Comisión Nacional de Energía

⁵⁷⁸ Décision de la CNE du 27 juillet 2006

⁵⁷⁹ Décision de la Com. du 25.04.2006, aff. n° COMP/ M.4110 E.ON/ENDESA

⁵⁸⁰ Communiqué de presse de la Commission du 29 novembre 2006, IP/06/1649.

mesures que la CNE pensait adopter afin qu'elle se prononce sur leur compatibilité au regard des principes de droit communautaire. Les autorités espagnoles ont, quant à elles, considéré que les mesures prises par la CNE ne faisaient pas l'objet de la clause de *stand-still* prévue à l'article 21 paragraphe 4⁵⁸². En effet, l'Espagne se fondait sur le principe de la sécurité d'approvisionnement par référence à l'un des « intérêts reconnus », la sécurité publique.

Or, selon la Commission il existait des doutes sur le véritable objectif de protection de cet intérêt et sur leur compatibilité avec les principes de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement. Les autorités espagnoles auraient dès lors dû notifier les mesures et ce même s'il s'agissait de protéger un intérêt reconnu⁵⁸³.

Ces deux affaires illustrent l'intervention directe des Etats membres dans le but tout d'abord de freiner, voire d'empêcher, le rachat par une entreprise étrangère d'un acteur national et ensuite de faciliter les concentrations entre entreprises nationales.

ii. Le contrôle de l'invocation des intérêts légitimes

Comme on l'a vu, la Commission exerce un contrôle assez strict sur l'invocation de ces intérêts légitimes qui a été approuvé par le juge communautaire.

a La réaction de la Commission européenne

Selon N. PETIT, deux situations se prêtent à l'invocation d'intérêts non concurrentiels. Dans le premier cas, les Etats les soulèvent dans un but juridictionnel. Ils souhaitent obtenir compétence pour juger d'une concentration ou retirer à la Commission sa compétence. Dans un second cas, ils seront invoqués dans le but d'influencer la Commission dans son appréciation d'une opération⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Décision de la Com. du 25.04.2006, aff. n° COMP/ M.4110 E.ON/ENDESA. point 13

⁵⁸² *Ibid*, point 27.

⁵⁸³ *Ibid*, point 34

⁵⁸⁴ N.PETIT, « Non-competition concerns under the ECMR – An overview », *Concurrences*, n° 4, 2008, p.182 à 183

Les affaires relatives à l'entreprise Endesa s'inscrivent clairement dans le premier cas. Le renforcement par l'Espagne des pouvoirs de la CNE et les conditions attachées par cette dernière aux concentrations illustrent la volonté de l'Etat d'intervenir dans une affaire pourtant de dimension communautaire et alors même que la concentration avait été approuvée par la Commission⁵⁸⁵. Celle-ci se livre à une appréciation de ces mesures au regard des provisions du traité CE dans son ensemble et en particulier au regard des règles relatives au libre établissement, à la libre prestation de service ou encore à la libre circulation des capitaux.

On a vu que la Commission avait ouvert une procédure à l'encontre de l'Espagne pour infraction aux règles relatives à la libre circulation des capitaux et au droit d'établissement⁵⁸⁶. Elle lui a adressé un avis motivé marquant le véritable commencement de la procédure en manquement d'Etat⁵⁸⁷. Selon elle, l'Espagne aurait ainsi violé l'article 21 et ce à deux titres. Tout d'abord, les mesures prises par la CNE auraient dû lui être communiquées de façon préalable⁵⁸⁸. Ensuite, la Commission considère que les conditions dont est assortie l'autorisation donnée par la CNE violent les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux et celles relatives à la liberté d'établissement. Elle a adopté par la suite une décision similaire⁵⁸⁹ à l'encontre des conditions imposées par le ministre espagnol⁵⁹⁰. Finalement la Commission a saisi la Cour de Justice des Communautés européennes en mars 2007 au motif de la non-cessation par l'Espagne de sa violation des règles communautaires.

Le retrait de l'offre par E.ON et la décision des entreprises Enel et Acciona de racheter Endesa ont marqué une nouvelle étape dans cette saga. La CNE a autorisé l'opération sous conditions, dont certaines étaient, selon la Commission, contraires aux règles relatives à la libre circulation des capitaux, des marchandises et à la liberté d'établissement⁵⁹¹. La Commission émet les mêmes reproches à l'égard de l'Espagne. Ainsi le Gouvernement considère qu'aucune notification n'était nécessaire alors que la Commission, ayant un doute sur le véritable objectif

⁵⁸⁵ Décision de la Com. du 25.04.2006, aff. n° COMP/ M.4110 E.ON/ENDESA,

⁵⁸⁶ IP/06/1265, *op.cit.*

⁵⁸⁷ Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006, IP/06/1264

⁵⁸⁸ *Supra* page 187

⁵⁸⁹ Décision de la Com. du 25.04.2006, aff. n° COMP/ M.4110 E.ON/ENDESA

⁵⁹⁰ Communiqué de presse de la Commission du 29 novembre 2006, IP/06/1649

de ces mesures et sur leur proportionnalité, affirme le contraire. Elle ajoute que, puisque dans ses précédentes décisions datant de juillet et décembre 2006, elle avait considéré que les mesures prises par la CNE auraient dû être notifiées, et dans la mesure où l'Espagne n'avait pas contesté ces décisions, celles-ci étaient devenues définitives⁵⁹², l'Espagne ne pouvant plus soulever ce moyen.

Cette affaire *Endesa* illustre l'activisme de la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations. Elle confirme une certaine méfiance par rapport aux intérêts soulevés par les Etats membres. Elle démontre également l'attitude non-coopérative des Etats.

β. La réaction du juge communautaire

Les affaires de concentrations ne donnent pas toujours lieu à une décision des juridictions communautaires. La nécessité de réaliser les opérations dans des délais courts réduit la potentialité des recours. Toutefois la perspective est différente dans la mesure où il s'agit des suites d'un recours en manquement instigué par la Commission à l'encontre de l'Espagne. Malgré les décisions de la Commission⁵⁹³, les autorités espagnoles sont restées passives, ne mettant pas en œuvre l'obligation de suppression de certaines conditions imposées aux parties à la concentration entre E.ON et Endesa. Au vu de cette inaction, la Commission a saisi la Cour de Justice des Communautés européennes, en application de la procédure de l'article 226 CE (nouvel article 258 TFUE). Dans son arrêt la Cour a condamné l'Espagne pour non-exécution des décisions de la Commission⁵⁹⁴ estimant que

*« dans une situation où l'État membre n'a pas communiqué les intérêts protégés par les mesures nationales qu'il a prises, il est inévitable que la Commission examine si lesdites mesures sont justifiées par l'un des intérêts prévus à l'article 21, paragraphe 4, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations »*⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ Décision de la Com. du 05.12.2007, aff. n° COMP/M.4685 ENEL/ACCIONA/ENDESA,

⁵⁹² *Ibid*, points 44 à 48.

⁵⁹³ Décision de la Com. du 25.04.2006, aff. n° COMP/ M.4110 E.ON/ENDESA,

⁵⁹⁴ CJCE, 6 mars 2008, aff. C-196/07 *Commission c/ Espagne*, *Rec2008*, p.I-41

⁵⁹⁵ *Ibid*, point 37

La Cour semble dès lors confirmer le raisonnement suivi par la Commission selon lequel, en pratique, toute mesure nationale peut et doit être contrôlée de façon plus ou moins approfondie par la Commission, et ce même s'il s'agit de protéger un intérêt reconnu.

Cette solution a également été suivie par le Tribunal de Première Instance⁵⁹⁶ saisi d'une demande de suspension provisoire de l'application de la décision de la Commission relative au rachat conjoint d'Endesa par Enel et Acciona⁵⁹⁷. Il ressort de ce jugement que, lorsqu'il adopte une mesure, un Etat ne peut échapper à l'obligation de notification simplement en arguant du caractère légitime de l'intérêt dont la protection est recherchée. La mesure devra également être proportionnée et non-discriminatoire pour que l'obligation de notification ne soit pas violée⁵⁹⁸.

Le juge communautaire semble donc venir au soutien de la Commission en acceptant la réduction de la marge discrétionnaire des Etats, en allant même au-delà du texte du règlement CE sur les concentrations. Le rôle du juge communautaire est décisif puisqu'en déclarant une mesure nationale contraire aux règles du Traité, il facilite de manière indirecte la réalisation de la concentration⁵⁹⁹.

Ce contentieux laisse transparaître l'importance de l'article 21 §4 du règlement en particulier dans les secteurs sensibles dans lesquels les Etats seront plus enclins à intervenir lors d'une opération de concentration concernant une entreprise nationale.

SECTION 2

Les obstacles liés à la privatisation : le cas des actions spécifiques (« golden shares »)

Le caractère stratégique du secteur apparaît également dans la volonté de certains Etats de conserver une action spécifique à l'occasion d'une privatisation. On va examiner cette spécificité à travers son incidence éventuelle sur les

⁵⁹⁶ TPI, 30 avril 2008, aff. T-65/08 *Espagne c/ Commission*, Rec. 2008, p. II - 69

⁵⁹⁷ Décision de la Com. du 05.12.2007, aff. n° COMP/M.4685 ENEL/ACCIONA/ENDESA.

⁵⁹⁸ D.GERARD, "Protectionist threats against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of Article 21 EC MR", *C.M.L.Rev.*, vol. 45, fascicule 4, 2008, p. 987.

⁵⁹⁹ G.MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University press, 2007, p.306.

opérations de concentration. Il paraît convenable de préciser au début la place et le rôle des « golden shares » dans le secteur de l'énergie.

§ 1. Les actions spécifiques ("golden shares") à l'épreuve de la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des capitaux

Dans ses arrêts du 4 juin 2002, dans les affaires C-367/98, Commission c. Portugal⁶⁰⁰, C-483/99, Commission c. France⁶⁰¹ et C-503/99, Commission c. Belgique⁶⁰², la Cour a été appelée à se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire de régimes juridiques nationaux réservant au pouvoir exécutif certaines prérogatives d'intervention dans la structure de l'actionariat et dans la gestion d'entreprises privatisées relevant de domaines de l'économie considérés comme stratégiques ('golden shares' ou 'actions spécifiques').

Très instructifs du point de vue de la délimitation de la portée de l'ex-article 56 CE (article 63 TFUE), ces trois arrêts ont également permis à la Cour d'identifier un certain nombre de critères fondamentaux pour apprécier la régularité des actions spécifiques à l'égard des dispositions du Traité en matière de libre circulation des capitaux.

§§ 1. Les particularités d'application de l'article 63 TFUE (ex-article 56 TCE) dans le secteur de l'énergie

Le premier arrêt⁶⁰³ vise la compatibilité avec le traité des dispositions de l'arrêté royal du 16 juin 1994⁶⁰⁴, instituant au profit de l'État une action spécifique dans le capital social d'une entreprise énergétique belge ; selon ces dispositions, cette action est assortie de droits particuliers.

Ces droits peuvent être classifiés en deux groupes. Premièrement, toute cession, toute affectation à titre de sûreté ou tout changement de la destination des

⁶⁰⁰ CJCE, 04 juin 2002, aff. C-367/98 *Commission c/ Portugal*, Rep. 2002, p. I-4731

⁶⁰¹ CJCE, 04 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, Rep. 2002, p. I-4781

⁶⁰² CJCE, 04 juin 2002, aff. C-503/99, *Commission c/ Belgique*, Rec.2002 p. I-4809

⁶⁰³ Ibid.

⁶⁰⁴ *Moniteur belge* du 28 juin 1994, p. 17333

actifs stratégiques de la société visée doivent être notifiés préalablement au ministre de tutelle, qui a le droit de s'opposer à ces opérations s'il considère qu'elles portent atteinte aux intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie⁶⁰⁵.

En seconde lieu, cette action permet au ministre de nommer deux représentants du gouvernement fédéral au sein du conseil d'administration de la société. Ceux-ci peuvent proposer au ministre l'annulation de toute décision du conseil d'administration ou du comité de direction qu'ils estiment contraire à la politique énergétique du pays⁶⁰⁶.

En l'espèce, il ne peut être nié que l'objectif poursuivi par la réglementation en cause, à savoir garantir la sécurité des approvisionnements en énergie en cas de crise, relève d'un intérêt public légitime. En effet, la Cour a déjà reconnu dans sa jurisprudence *Campus Oil*⁶⁰⁷, parmi les raisons de sécurité publique qui peuvent justifier une entrave à la libre circulation des marchandises, l'objectif d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers. Le même raisonnement est développé par les juges pour les entraves à la libre circulation des capitaux, dans la mesure où la sécurité publique figure également parmi les raisons justificatives énoncées à l'article 58, paragraphe 1, sous b), du traité (nouvel article 65 TFUE)⁶⁰⁸.

La Cour a également jugé que les exigences de la sécurité publique doivent être entendues strictement, en tant que dérogation au principe fondamental de la libre circulation des capitaux, de sorte que leur portée ne soit déterminée unilatéralement par aucun des États membres sans le contrôle des institutions de la Communauté. Ainsi, la sécurité publique ne saurait être invoquée qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société⁶⁰⁹.

Il convient donc de vérifier, en vertu du principe de proportionnalité, si la réglementation en cause permet d'assurer dans l'État membre concerné, en cas de

⁶⁰⁵ Articles 3 de l'arrêté royal du 16 juin 1994

⁶⁰⁶ Article 4 de l'arrêté royal du 16 juin 1994

⁶⁰⁷ CJCE, 10 juillet 1984, aff. 72/83, *Campus Oil*, Rec 1984. p.2727, points 34 et 35

⁶⁰⁸ Point 59

⁶⁰⁹ CJCE, 04 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, Rep. 2002, p. I-4781, points 50-51, CJCE, 4 juin 2002, aff. C-503/99, *Commission c/ Belgique*, Rec 2002. p.I-4809 Point 45

menace réelle et grave, un approvisionnement minimal en énergie et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin.

Il est nécessaire de noter un autre aspect de la décision rendue – celui de la nature des mesures. Selon le texte de la réglementation, tout exercice des droits conférés par cette décision devrait faire l'objet d'une motivation formelle exposant les considérations de fait et de droit qui fondent la décision prise. De plus, un recours en annulation ainsi qu'un recours en suspension devant le Conseil d'État (Belgique) seraient ouverts contre une telle décision. Les frais y afférents seraient très modérés et une procédure en référé existerait. D'un point de vue temporel, une limitation stricte serait prévue, dans la mesure où le ministre devrait agir dans les vingt et un jours de la notification.

Ces arguments sont confirmés encore une fois, mais cette fois *a contrario* dans la jurisprudence de la Cour *Commission c/France*⁶¹⁰ et *Commission c/Portugal*⁶¹¹. Selon elle d'autres exceptions que celles prévues dans l'ex-article 58 TCE (nouvel article 65 TFUE), ne peuvent pas être acceptées. D'après la Cour :

« Quant à la sauvegarde de l'intérêt financier de la République portugaise, il convient de rappeler que, en dehors des raisons énumérées à l'article 73 D, paragraphe 1, du traité, qui ont notamment trait au droit fiscal, une justification tirée d'un intérêt financier général de l'État membre n'est pas admise. En effet, il est de jurisprudence constante que des motifs de nature économique ne sauraient servir de justification à des entraves prohibées par le traité (voir, pour la libre circulation des marchandises, arrêt du 9 décembre 1997, Commission/France, C-265/95, Rec. p. I-6959, point 62, et, pour la libre prestation des services, arrêt du 5 juin 1997, SETTG, C-398/95, Rec. p. I-3091, point 23). Ce raisonnement s'applique également aux objectifs de politique économique qui se reflètent à l'article 3 de la loi n° 11/90, ainsi qu'aux objectifs évoqués par le gouvernement portugais dans le cadre de la présente procédure, à savoir le choix d'un partenaire

⁶¹⁰ CJCE, 04 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, Rep. 2002, p. I-4781

stratégique, le renforcement de la structure concurrentielle du marché en cause ainsi que la modernisation et le renforcement de l'efficacité des moyens de production. De tels intérêts ne sauraient constituer une justification valable de restrictions à la liberté fondamentale concernée »⁶¹².

Selon E. Guillaume, les trois arrêts du 4 juin 2002

« s'inscrivent dans une continuité jurisprudentielle qui tend à encadrer de manière stricte les dérogations aux principes généraux du Traité. Ils ne condamnent pas la pratique des golden shares mais rappellent les limites assignées aux États membres quand ils restreignent la libre action des intervenants sur les marchés »⁶¹³.

C'est également l'avis de L. Idot⁶¹⁴, pour qui ces arrêts

« sont dans la droite ligne de la jurisprudence désormais constante en matière de libre circulation des capitaux »⁶¹⁵

et

« illustrent de manière particulièrement claire les objectifs de la Cour [dans ce domaine]. Si les réglementations nationales peuvent être justifiées par des objectifs légitimes, encore faut-il que le législateur national, non seulement affirme clairement ces derniers, mais [fasse] attention dans la rédaction des textes de ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. En d'autres termes, le droit communautaire oblige le législateur national à préciser ses objectifs et les moyens de les atteindre ».

⁶¹¹ CJCE, 04 juin 2002, aff. C-367/98 *Commission c/ Portugal*, Rep. 2002, p. I-4731

⁶¹² Ibid. point 52

⁶¹³ E.GUILLAUME, "Libre circulation des capitaux: les enseignements des arrêts de la Cour européenne de justice du 4 juin 2002", *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 2002, p. 640

⁶¹⁴ L.IDOT, Europe, août septembre 2002, p. 19

⁶¹⁵ cf., notamment, CJCE, 14 décembre 1995, aff. C- 163, 165 et 250/94, *Sanz de Lera*, Rec. p. I- 482 et du CJCE, 1er juin 1999, aff. C-302/97, *Konle*, Rec 1999. p. I-3099

§§ 2. La justification sélective des « Golden Shares » : la préservation conditionnelle du statut préférentiel de l'Etat actionnaire

Les Etats membres se voient reconnaître la légitimité de maintenir un certain degré d'influence dans des entreprises privatisées dans l'hypothèse où leurs activités se déroulent sur le marché des services d'intérêt général ou sur celui des « services stratégiques ».

a. La notion de « service d'intérêt général » dans le secteur d'énergie : L'industrie de réseaux et le service public

En effet les industries dont il est question ici, ou au moins une part très importante de leurs activités, ont pendant longtemps été considérées comme des monopoles naturels qui est le fondement du service public dans l'industrie de réseaux.

i. Le monopole naturel : fondement du service public dans l'industrie de réseaux

Une industrie de réseaux est une activité organisée sur une infrastructure lourde. Pour ce qui la concerne le montant des coûts fixes est relativement élevé par rapport aux coûts variables⁶¹⁶. Le réseau a la particularité suivante : ses coûts fixes sont proportionnellement plus importants par rapport aux coûts variables que dans les autres industries⁶¹⁷. Dans le cas de l'énergie et plus particulièrement du secteur de l'électricité, ce réseau est physique (transport et distribution d'électricité). Dans tous les cas, sa duplication serait exorbitante. Par ailleurs, la fonction de coût des industries de réseaux est qualifiée de « sous-additive », ce qui revient à dire qu'il est plus efficace qu'une seule entreprise produise les services plutôt que plusieurs. Ce phénomène, résultant de la présence d'importantes économies d'échelle, permet, ajouté aux coûts de duplication du réseau, de dire que le réseau a un caractère de monopole « naturel ».

⁶¹⁶ B.ESNAULT, « Libéralisation des marchés électriques et choix d'investissement en production », *Revue de l'énergie*, n° 539, 2002, p. 504

⁶¹⁷ *Ibid.* page 505.

Selon la littérature traitant ce sujet⁶¹⁸, l'existence ou la non-existence d'économies d'échelle est d'une importance déterminante pour qualifier une industrie, ou un de ses segments, de monopole naturel. Les industries de réseaux satisfont toutes cette première condition. Condition nécessaire, mais pas suffisante.

Selon Sharkey, il n'y a de monopole naturel sur un marché ou sur un segment de marché que si, en plus des économies d'échelles, une seule entreprise est plus efficace que plusieurs autres pour produire le produit désiré.

« [...] there is natural monopoly in a particular market if and only if a single firm can produce the desired output at lower cost than any combination of two or more firms »⁶¹⁹.

Ce qui revient à dire que pour qu'un monopole soit naturel, il faut que la fonction de coût qui est attachée à la production soit sous-additive. L'industrie énergétique doit remplir toutes ces conditions au moins sur un de ses segments, voire sur plusieurs.

Dans cette optique et dans le cadre d'une concurrence idéale, le monopole naturel est compatible avec un bien-être social maximum aussi longtemps qu'une seule firme est aussi efficace que plusieurs. Dans le cas du monopole naturel un accroissement de la concurrence n'entraînera pas d'augmentation du bien-être social, au contraire. L'entrée de nouvelles firmes sur le marché n'aurait comme conséquence qu'une diminution du bien être social via une croissance des coûts totaux de production. On peut se référer encore une fois à Sharkey: *« Natural monopoly is itself the natural outcome of the competitive process under ideal competition »⁶²⁰.*

Mais cette définition du monopole naturel est très restrictive. Elle ne s'applique en aucun cas à l'ensemble des industries de réseaux intégrés. Pour chacune de ces industries, elle concerne un ou plusieurs segments de l'activité. De même, comme elle dépend des conditions techniques qui forment la fonction de

⁶¹⁸ W.SHARKEY, *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 229 p.

⁶¹⁹ *Ibid.* p.54.

⁶²⁰ *Ibid.* p.56.

coût, elle n'est pas statique. Ce n'est pas parce qu'un segment d'une industrie est aujourd'hui en situation de monopole naturel qu'il en sera toujours ainsi.

Dans l'état actuel, le transport de l'électricité à travers les lignes à haute tension et celui du gaz à travers le réseau de gazoducs et la distribution sont des monopoles naturels sans qu'une contestation soit possible.

L'existence de monopoles naturels dans les industries de réseaux se révèle comme un fondement d'attribution des missions de service public.

ii. Le Service public dans l'industrie de réseaux

A côté de ces éléments objectifs de rendements croissants, le concept de monopole naturel comprend également un élément subjectif de service public.

Il s'agit de services dont la consommation est divisible (à la différence des biens collectifs purs qui sont consommés de façon "indivisible"), mais leur caractère essentiel et une certaine défaillance du marché pour les produire (du fait de la présence de fortes "barrières à l'entrée" au niveau de l'investissement et de "Sun costus", c'est-à-dire des coûts irrécupérables en cas de sortie de la branche) rendent nécessaire l'intervention de la puissance publique (l'Etat ou une collectivité locale)⁶²¹. Chaque individu a le droit d'accéder à de tels services, au moins jusqu'à un certain seuil, moyennant un prix raisonnable, objectif, transparent et non discriminatoire. Les grands principes du service public doivent être respectés : l'obligation de fourniture, la continuité du service, son adaptabilité à l'évolution technique, l'égalité de traitement des usagers. Ce dernier principe ne signifie pas que tous les usagers doivent payer toujours le même prix, ce qui justifierait une tarification au coût moyen. Il signifie que tous les usagers placés dans les mêmes conditions doivent payer un prix identique. Mais la puissance publique peut accepter de subventionner une partie de l'activité ou exiger le respect d'une certaine dose de péréquation. En France par exemple on observe une péréquation spatiale mais non une péréquation temporelle des tarifs de l'électricité.

⁶²¹ S.SODEV, *La notion de "services public", entre le libéralisme et le collectivisme : étude comparative sur la République Tchèque et la Bulgarie dans la perspective de l'adhésion à l'Union européenne*, Thèse, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, 2003, p. 5 et s

L'existence de missions de service public impose dès lors la présence d'un régulateur. C'est le régulateur qui accorde les licences ou les concessions au producteur, transporteur ou distributeur. Il veille au respect du cahier des charges, lequel prévoit les droits et obligations du concessionnaire (concernant la qualité du service à rendre) et s'assure qu'il y a un traitement équitable des diverses catégories d'usagers. C'est souvent l'Etat qui joue ce rôle dans le secteur électrique⁶²². Ses missions sont triples :

⁶²² Les services publics peuvent être exploités selon un mode de gestion public ou selon un mode de gestion privé. La gestion publique peut revêtir plusieurs formes : la régie directe (la commune assure elle-même la distribution du fluide), la régie dotée de l'autonomie financière (cette distribution est retracée dans un document annexe au budget communal), les régies personnalisées ou établissements publics. Il s'agira par exemple d'établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial (EPIC) comme en France avec EDF ou GDF. La gestion privée se fait dans le cadre d'un contrat passé entre l'exploitant du service et la collectivité publique concernée. Ce peut-être une régie intéressée (une personne publique remet à un régisseur le soin d'assurer un service qu'elle a créé et dont elle garde la responsabilité financière et le régisseur perçoit des primes en plus d'une rémunération forfaitaire), un système d'affermage (la personne publique confie à un fermier l'exploitation d'un service public dont les frais d'installation et l'équipement ont été supportés par la collectivité, et le fermier perçoit une partie des redevances prélevées sur les usagers, le reste des redevances servant à l'amortissement du capital) ou une concession de service public, ce qui est une forme assez courante pour les services publics. La concession dite de service public est un contrat par lequel une personne publique (autorité concédante, l'Etat ou la commune) confie à une personne privée mais aussi parfois à une autre personne publique (dite concessionnaire) l'exploitation d'un service public. Le concessionnaire est rémunéré sur les redevances perçues sur les usagers et assure le fonctionnement du service à ses risques et périls. Les obligations et droits du concessionnaire sont en général prévues dans un cahier des charges. La concession est attribuée soit de gré à gré soit aux enchères et en cas de défaillance grave du concessionnaire l'autorité concédante peut prononcer la déchéance du contrat de concession.

En France, la loi le Chapelier (1791) sur la liberté du commerce et de l'industrie n'autorisait pas les collectivités locales à développer des activités marchandes. Ces collectivités locales ont donc dû faire appel au secteur privé, dans le cadre de la "permission de voirie" ou de la "concession de service public" des lors qu'elles sont souhaite développer l'éclairage public à partir du gaz manufacturé puis de l'électricité. C'est dans ce cadre juridique qu'ont été organisés la plupart des services publics visant à distribuer des fluides (eau, gaz, électricité). En 1900 les communes sont néanmoins parvenues à faire reconnaître par le Conseil d'Etat la légalité de la création de services publics municipaux de production-distribution d'électricité et de gaz (en s'appuyant pour cela sur une loi de 1884). Une loi de 1906 a ensuite précise le régime des concessions communales de distribution (obligation de rédiger un cahier des charges, propriété communale des équipements...). Elle prévoit l'attribution au concessionnaire de certaines prérogatives de puissance publique, ce qui confère à la distribution de l'électricité le caractère d'activité d'intérêt général. Un arrêt du Conseil d'Etat de 1916 introduit la théorie de l'imprévision qui consacre l'incomplétude des contrats de concession et invite le concédant et le concessionnaire à renégocier lorsqu'un événement imprévu modifie substantiellement les conditions d'exploitation, sans rendre cette dernière impossible auquel cas c'est la force majeure qui joue. Le concessionnaire a alors droit à une indemnité. Les deux systèmes (initiative privée, intervention municipale directe) ont donc coexisté. Mais l'affaiblissement du pouvoir concédant des communes a ensuite eu comme contrepartie (et comme cause) la montée du pouvoir réglementaire de l'Etat. Des 1928 l'Etat a fixe un cahier-type de charges et les décrets-lois Laval de 1935 ont uniformisé les tarifs, dans un contexte où la concentration des entreprises électriques et le souci d'assurer l'interconnexion des divers réseaux sont apparus nécessaires. Ce processus "d'étatisation" a connu son apogée en France avec les lois de 1946 et tout particulièrement la loi du 8 avril 1946 créant Electricité de France et Gaz de France. Dans un contexte de pénurie et de reconstruction, la nationalisation du gaz et de l'électricité est apparue comme indispensable. Ainsi EDF (qui a le statut

- protéger l'investisseur contre une concurrence destructrice. Cela revient à accorder des "droits exclusifs" au concessionnaire du service public et à éviter que des prédateurs potentiels viennent écrémer les segments les plus rentables de l'activité.

- protéger l'utilisateur contre les abus de position dominante du concessionnaire. Tout monopole a tendance à abuser de sa position et c'est à la puissance publique de veiller à éviter ces abus.

- sauvegarder l'intérêt collectif, ce qui exige de prendre en considération des préoccupations macroéconomiques tels que l'indépendance nationale, l'aménagement du territoire, la redistribution des revenus ou la sauvegarde des emplois.

La nécessité s'impose d'étudier l'influence qu'une telle conception peut avoir sur l'appréciation de service public dans le droit communautaire. On doit noter au départ que la notion de service public n'existe pour ainsi dire pas dans le droit communautaire, et elle n'est abordée qu'indirectement du point de vue de la réglementation de la concurrence⁶²³. Le TFUE ne mentionne le terme de service public que dans un seul article, l'article 93, consacré à la politique des transports. Cet article prévoit la comptabilité des

« [...] aides qui répondent aux besoins des transports ou correspondent au remboursement de certains servitudes inhérents à la notion de service public ».

En fait, la notion n'est définie nulle part dans le traité. Par contre, deux notions voisines sont présentées dans les textes communautaires et ont fait l'objet

d'EPIC) bénéficie d'un monopole du transport, de l'importation et de l'exportation de l'électricité en France, et d'un quasi-monopole de la production et de la distribution. On peut dire qu'en France "les services publics de l'énergie sont d'autant plus "publics" qu'ils sont assurés par des entreprises publiques nationales dont les salariés bénéficient eux-mêmes d'un statut protecteur proche de celui des fonctionnaires", comme le rappelle C. HENRY (« *Concurrence et services publics dans l'Union Européenne* » Revue de l'énergie, n° 486, mars-avril 1997, p. 187). Tel n'est pas le cas partout en Europe et il faut tenir compte des évolutions historiques propres à chaque pays. Voir aussi J.-P. ANGELIER, « Electricité et gaz naturel : du monopole à la concurrence réglementée. Une perspective historique », *Working paper*, Université Pierre Mendès-France, 2005

⁶²³ S.SODEV, , op. cit. p.146

d'une définition progressive par la Cour et par la Commission : celle de services d'intérêt économique général et celle de service universel.

La notion de services d'intérêt économique général apparaît dans le traité à l'article 106 paragraphe 2 TFUE. Il autorise dans certaines limites une dérogation aux règles de la concurrence pour « *les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général* ». Cette notion n'est cependant pas définie dans les traités. Elle ne se dégage qu'à travers une suite de décisions de la Commission et d'arrêts de la Cour de Justice sur l'autorisation de monopoles concernant diverses activités : portuaires, de radiodiffusion, postales, de distribution d'électricité, etc.⁶²⁴. Les deux derniers cas ont été abondamment commentés à la fois par les juristes et par les économistes.

On constate un infléchissement de la jurisprudence européenne dans un sens plus favorable à la prise en compte d'impératifs d'intérêt général dans les décisions d'exemption de la concurrence. Ils reconnaissent explicitement l'intérêt des subventions croisées que la Cour de Justice a jusque-là condamnées.

Il s'agit de l'affaire Corbeau⁶²⁵ et de l'affaire Commune d'Almelo⁶²⁶.

Dans la première affaire, la Cour a jugé, a propos des activités de la Poste belge :

*« il ne saurait être contesté que la régie des Postes est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égards aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle »*⁶²⁷.

⁶²⁴ St. RODRIGUES, « Service publics et droit communautaire en 2001 : de la régulation à l'évolution » *Europe*, février 2002, p.6

⁶²⁵ CJCE, arrêt du 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. I - 2563

⁶²⁶ CJCE, arrêt du 27 avril 1994, *Gemeente Almelo c/Energiebedrijf IJsselmij NV*, aff. C-393/92, Rec. I - 1508

⁶²⁷ Point 15

La Cour a donc légitimé l'existence d'un service d'intérêt général et les obligations qui en découlent, tout comme l'existence des subventions croisées pour pouvoir assurer ces obligations.

Dans la seconde affaire, celle de la commune d'Almelo, elle a jugé que l'entreprise IJM, à laquelle avait été concédé un service de fourniture d'énergie électrique, était chargée d'un service d'intérêt économique général. La Cour s'est fondée sur le constat suivant :

« l'entreprise doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients »⁶²⁸

La Cour justifie donc de nouveau l'existence de services d'intérêt général et l'utilisation des subventions croisées. Il est à noter que l'on retrouve dans cette décision deux des principes de service public évoqués plus haut : le principe de continuité et le principe d'égalité.

La Commission de son côté a donné des signes d'évolution à propos de cette notion dans sa première communication sur le « service d'intérêt économique général en Europe »⁶²⁹ et dans la celle du 20 septembre 2000.⁶³⁰

Explicitée de cette manière, la notion de service d'intérêt économique général fournit un premier cadre européen permettant d'englober une partie des services recouverts par la notion de service public en France⁶³¹.

⁶²⁸ Point 48

⁶²⁹ Communication de la Commission, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM.(1996) 443 final JO C 281 du 26.09.1996

⁶³⁰ Communication de la Commission, *Les services d'intérêt général en Europe* COM(2001) 580 final, 19.01.2001, JO C 17 du 19.01.2001

⁶³¹ L.DUBOUIS, Cl. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^e éd. Montchrestien, 2004, p. 509

La notion de service universel est plus récente que celle de service d'intérêt général. Elle apparaît pour la première fois dans les réglementations du secteur des télécommunications⁶³² et des services postaux⁶³³.

Le service universel recouvre la garantie d'un service ouvert à tous dans des conditions d'accès et de prix raisonnables. Il est fréquemment avancé que le service universel est une notion plus étroite que celle de service public, même si elle reprend les principes majeurs du service public : l'égalité comprise ici sous l'angle de l'universalité, c'est-à-dire l'accès de tous au service.

Une autre caractéristique de cette notion de service universel c'est que, dans le droit européen, elle n'est pas du tout figée. Elle fait l'objet de définitions, d'adaptations et de précisions dans chacun des secteurs concernés au fur et à mesure des travaux de la Commission sur les secteurs de réseaux.

b. La justification sélective de la Cour

La tolérance que la Cour de Justice manifeste à l'égard de la justification par les Etats membres disparaît en cas d'absence de prévisibilité et de transparence des mécanismes de contrôle. Tout en partageant, dans ses aspects essentiels, cette analyse, M. Lombard⁶³⁴ souligne l'importance que la Cour semble avoir attachée dans ces affaires au principe de sécurité juridique. Selon cet auteur,

“si l'action spécifique n'est pas condamnée par elle-même, les prérogatives qui lui sont attachées doivent être strictement définies, afin que tout investisseur potentiel connaisse précisément les règles du jeu, qui doivent s'exercer de façon ouverte et transparente.

Tels sont ici les corollaires du principe de sécurité juridique, que fait prévaloir la Cour, dans un domaine où les États ont eu

⁶³² Commission européenne, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipement de télécommunications - COM(87) 290, juin 1987

⁶³³ DIRECTIVE 97/67CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant « Les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service postal » *JO L 15 du 21.1.1998, p. 14–25.*

⁶³⁴ M.LOMBARD, “Les pouvoirs attachés aux actions spécifiques lors des privatisations doivent être strictement encadrés”, *Droit Administratif*, juillet 2002, p. 21, sp. p. 22

*quelques réticences à se départir progressivement de leurs pouvoirs, dont le mystère fait une partie de la puissance*⁶³⁵.

La Cour a ainsi sanctionné l'absence d'indications à l'attention des investisseurs sur les conditions dans lesquelles l'autorisation discrétionnaire du ministre était accordée ou refusée. Les mécanismes de contrôle maintenus par les Etats membres doivent respecter le principe de prévisibilité. En même temps ces mécanismes sont compatibles avec la libre circulation des capitaux lorsqu'il existe un équilibre entre la poursuite de l'intérêt public et la sauvegarde de la prévisibilité vis-à-vis des investisseurs étrangers. Tel a été le cas du système belge de distribution du gaz. Le mécanisme de contrôle respectait l'autonomie du processus de décision de l'entreprise privatisée, se limitait aux biens stratégiques de la société et aux seules décisions de la société relatives à ses biens.

L'opposition à l'investissement devait être raisonnablement argumentée et susceptible de contrôle judiciaire.

De plus, si le critère de prévisibilité est respecté, le test de compatibilité implique aussi une évaluation du mécanisme de contrôle à l'aune du principe de proportionnalité. L'Etat doit démontrer que le mécanisme de contrôle constitue la mesure la moins restrictive possible en vue d'atteindre l'objectif visé. La proportionnalité exige le respect d'une double condition : le mécanisme de contrôle doit être d'une part adéquat et d'autre part nécessaire à l'objectif poursuivi par l'Etat. Ainsi, ce principe de proportionnalité conduit à tenir compte des données suivantes : la mesure vise à faire face à une crise, des mesures moins restrictives ne permettant pas d'atteindre l'objectif ; l'entreprise opère dans des secteurs « stratégiques » tels que la sécurité nationale, la santé publique, la défense. Ces critères ne sont toutefois pas exclusifs⁶³⁶. Cette jurisprudence a laissé place à une forme de spéculation doctrinale selon laquelle la CJCE pourra dans le futur différencier les entreprises privatisées dans lesquelles l'Etat est actionnaire majoritaire des entreprises dans lesquelles l'Etat est uniquement actionnaire

⁶³⁵ Ibid. p.22

⁶³⁶ P.CÂMARA "The end of the 'Golden' age of privatisations ?- The recent ECJ decisions on Golden Shares », *European business organization law review*, 2002, vol. 3, p. 503 à 513.

minoritaire et imposer dans ce dernier cas un contrôle plus sévère sur les « *Golden Shares* »⁶³⁷.

Dans la jurisprudence Volkswagen⁶³⁸, la Cour s'est montrée favorable à un contrôle plus étendu des « *Golden Shares* » définies comme étant

« toute structure juridique appliquée aux sociétés individuelles préservant l'influence des autorités publiques sur ces sociétés ».

Conformément à cette interprétation, l'origine des « *Golden Shares* » ne relève pas uniquement de mesures rattachées au droit public ou à l'intervention de l'Etat, mais peut résulter de mécanismes du droit des sociétés. Il n'est pas surprenant de voir que le critère matériel l'emporte sur le critère formel, la CJCE utilise cette approche dans d'autres domaines (par exemple à travers l'introduction de l'analyse économique dans la qualification des aides d'Etat). Dans cette perspective, les Etats membres en qualité d'actionnaires des sociétés privatisées se voient reconnaître par la CJCE une liberté moindre que celle qui est accordée aux actionnaires privés. Cette approche est justifiée par l'idée que les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux ne créent pas d'obligations à l'égard des individus, les Etats membres agissant à titre d'opérateurs économiques peuvent être assujettis à des obligations inapplicables aux autres opérateurs économiques. La CJCE rejette donc les justifications formelles des « *Golden Shares* », évaluant en premier lieu l'impact de ce mécanisme sur les investisseurs ressortissant des autres Etats membres⁶³⁹.

Cette approche conduit à d'autres conséquences importantes. Il apparaît désormais impossible pour un Etat membre d'utiliser son pouvoir législatif afin d'imposer à une société privée un régime légal distinct de celui prévu par son droit substantiel des sociétés. Lorsqu'un Etat membre agit en qualité d'actionnaire d'une société privée dans le cadre du droit des sociétés, il ne peut pas s'accorder de droits spécifiques. Dans ce cas la mesure sera qualifiée d'étatique et soumise au test de

⁶³⁷ Ibid.

⁶³⁸ CJCE, 23 octobre 2007, aff. C-112/05, *Commission c./Allemagne*, Rec.2007, p. I-8995

⁶³⁹ J.VON BEKKUM, J. KLOOSTERMAN, J. WINTER, « Golden Shares and the European Company law : the implications of Volkswagen », *European Company Law*, vol. 5, 2008, p. 6 à 12

compatibilité avec la libre circulation des capitaux⁶⁴⁰. En revanche, il est moins certain que la CJCE soit prête à analyser une disposition statutaire instituant un mécanisme de contrôle étatique de la gouvernance d'entreprise⁶⁴¹, en l'absence de droits spéciaux garantis à l'Etat, comme une restriction à la libre circulation. En effet, les statuts de la société ne relèvent pas du droit public et peuvent être modifiés dans les assemblées d'actionnaires à moins que l'Etat n'ait obtenu un droit de veto dans ce type de décisions⁶⁴².

Il reste à répondre à une dernière question concernant les justifications éventuelles – est-ce que l'intérêt de renforcer la structure concurrentielle du marché intérieur de l'énergie peut constituer une justification légitime de restriction à la libre circulation des capitaux, et plus concrètement est-ce que les opérations contrôlées au titre de l'action spécifique concernent des opérations de concentration relevant du règlement communautaire sur les concentrations ?

La Cour a eu la possibilité de répondre à cette question dans son arrêt du 2 juin 2005, *Commission c/Italie*⁶⁴³. Le litige concerne une disposition législative italienne adoptée dans le cadre de la libéralisation des entreprises des secteurs de l'électricité et du gaz naturel. Selon cette disposition, les droits de vote des acquéreurs de participations dans les entreprises privatisées sont limités à 2 %, dans la mesure où ces acquéreurs sont contrôlés par un État, jouissent sur leur marché national d'une position dominante et ne sont pas cotés en bourse.

Les questions juridiques soulevées par cette procédure ont un lien étroit avec la problématique relative aux «golden shares» notamment. Toutefois, à la différence des situations dont on a étudiées précédemment, la disposition italienne litigieuse ne vise pas au premier titre à assurer, même après leur privatisation, l'influence particulière de l'État sur les entreprises nationales de fourniture d'énergie⁶⁴⁴. Elle entend plutôt empêcher que des entreprises sous contrôle étatique acquièrent derechef une influence sur les entreprises des secteurs de l'électricité et

⁶⁴⁰ Ibid. p.9

⁶⁴¹ Par exemple, l'établissement d'un système spécial de gouvernance d'entreprise favorisant l'Etat sur les autres actionnaires

⁶⁴² J.VON BEKKUM, J. KLOOSTERMAN, J. WINTER « Golden Shares and the European Company law :... », op. cit., p. 10.

⁶⁴³ CJCE, 2 juin 2005, C-174/04, *Commission c/Italie*, Rec. 2005, p. I-4933

⁶⁴⁴ Ibid.par. 11 et s.

du gaz naturel qui viennent d'être privatisées. Ce qui apparaît sous-jacent, dans cette affaire, c'est la crainte suscitée par la possibilité qu'auraient les entreprises françaises Électricité de France (EDF) et Gaz de France (GDF), toujours dominées par l'État français, de pénétrer sur le marché italien.

L'article 1^{er}, premier et deuxième alinéas, du décret-loi n° 192, du 25 mai 2001, converti en loi n° 301 du 20 juillet 2001, portant dispositions urgentes en vue de sauvegarder les processus de libéralisation et de privatisation de certains secteurs des services publics⁶⁴⁵, dispose :

«Jusqu'à l'achèvement, au sein de l'Union européenne, d'un marché totalement ouvert à la concurrence dans les secteurs de l'électricité et du gaz, en vue de sauvegarder les processus de libéralisation et de privatisation en cours dans ces secteurs, l'octroi ou le transfert des mesures d'autorisation ou de concession prévues par les décrets législatifs n° 79 du 16 mars 1999 relatif à l'énergie électrique, et n° 164 du 23 mai 2000 relatif au marché intérieur du gaz naturel s'opèrent aux conditions visées au deuxième alinéa en ce qui concerne les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par un État ou par d'autres pouvoirs publics, jouissant sur leur marché national d'une position dominante et non cotées sur des marchés financiers réglementés, qui acquièrent, directement ou indirectement, ou par l'intermédiaire d'un tiers, y compris au moyen d'une offre publique à terme ou de manière différée, des participations supérieures à deux pour cent du capital social de sociétés opérant dans les secteurs en cause, directement ou par l'intermédiaire de sociétés qu'elles contrôlent ou qui leur sont associées. La limite totale de deux pour cent s'applique à la personne morale elle-même et au groupe auquel elle appartient, soit la personne morale, même si elle ne prend pas la forme d'une société, exerçant le contrôle, les sociétés contrôlées et celles soumises à un contrôle conjoint, ainsi que les sociétés apparentées. La limite s'applique également aux personnes morales qui,

⁶⁴⁵ GURI n° 170, du 24 juillet 2001, p. 4.

directement ou indirectement, y compris par l'intermédiaire de sociétés contrôlées ou liées, de sociétés fiduciaires ou par l'entremise de tiers, sont parties, y compris avec des tiers, à des accords relatifs à l'exercice du droit de vote ou à des accords ou des pactes entre actionnaires.

En cas de dépassement de la limite visée au premier alinéa, dès l'octroi ou le transfert des autorisations ou concessions qui y sont visées, le droit de vote attaché aux actions dépassant la limite est automatiquement suspendu et il n'en est pas tenu compte dans le quorum des assemblées délibératives. Les droits d'acquisition ou de souscription à terme ou différée ne peuvent pas non plus être exercés.»⁶⁴⁶

La question est de savoir s'il existe une justification, en dépit de la distinction opérée entre différentes catégories d'entreprises, qu'on peut continuer à appliquer dès lors qu'une justification est exclue pour d'autres motifs.

On peut se demander, en particulier, si les objectifs poursuivis par le décret-loi n° 192/2001 sont susceptibles d'être reconnus comme des motifs impérieux d'intérêt général qui justifient une restriction de la libre circulation des capitaux.

Le gouvernement italien s'appuie sur le fait que le décret-loi n° 192/2001 contribue à la réalisation des objectifs des directives 96/92 et 98/30 relatives au marché intérieur, en ce qu'il protège les entreprises italiennes de l'acquisition par des entreprises d'État. Cet argument a été rejeté par la Cour.

Selon la Cour, toutefois, l'absence, dans les directives 96/92 et 98/30, d'autres mesures de protection ne justifie nullement l'adoption par le législateur national de mesures unilatérales faisant obstacle à l'acquisition de participations correspondantes, en violation de l'ex-article 56 CE (article 63 TFUE). C'est plutôt à la Commission qu'il appartient d'examiner, au titre du règlement CE sur les concentrations, la question de savoir si l'acquisition d'une participation est compatible avec le marché commun, lorsque l'opération constitue une

⁶⁴⁶ Le texte en Français d'après l'arrêt de la Cour ; paragraphe 6

concentration au sens de ce règlement et revêt une dimension communautaire. Les États membres ont la possibilité de faire valoir leurs intérêts dans le cadre de la procédure devant la Commission. En l'absence d'une concentration de dimension communautaire, c'est aux autorités nationales de la concurrence qu'il appartient d'intervenir.

Dès lors qu'il n'y a pas de concentration au sens du règlement CE sur les concentrations, il pourrait s'imposer d'envisager une application des dispositions combinées des articles 82 CE et 86 CE (nouveaux articles 102 et 106 TFUE) ; ce seraient alors d'office la Commission ou les autorités nationales de la concurrence — selon la situation concrète — qui seraient compétentes dans ce contexte.

Par ailleurs, le gouvernement italien fait observer que, de manière inattendue, des différences importantes se sont manifestées, dans les États membres, lors de l'ouverture du marché. Invoquant le principe de subsidiarité ainsi que les articles 3 et 22 des deux directives, le gouvernement italien estime que c'est le législateur national qui, à titre temporaire, est appelé à corriger cette évolution peu souhaitable. Cette thèse n'est pas retenue par la Cour qui conclut que

« Le décret-loi n° 192/2001 viserait à sauvegarder des conditions de concurrence saines et équitables sur ces marchés. Il permettrait d'éviter que, dans l'expectative d'une libéralisation effective du secteur de l'énergie en Europe, le marché italien fasse l'objet d'attaques anticoncurrentielles de la part d'entreprises publiques opérant dans le même secteur dans d'autres États membres et avantagées par une réglementation nationale qui les avait maintenues dans une position privilégiée. L'acquisition du contrôle d'entreprises opérant sur les marchés italiens de l'électricité et du gaz par de telles entreprises publiques pourrait mettre à néant les efforts des autorités italiennes d'ouvrir le secteur de l'énergie à la concurrence. »⁶⁴⁷

⁶⁴⁷ Ibid. paragraphe 36

À cet égard l'intérêt de renforcer la structure concurrentielle du marché en cause ne saurait constituer en général une justification valable de restrictions à la libre circulation des capitaux.

On pourrait dire en conclusion que les arrêts visés dans ce paragraphe ont une influence important sur l'appréciation du rôle et de la place des actions spécifiques dans le processus de la restructuration des entreprises énergétiques.

§§ 3. Le caractère insuffisant de la jurisprudence « Golden Shares »

L'impact négatif des « Golden Shares » sur le marché européen des capitaux a conduit le Groupe des experts en droit des sociétés à estimer le maintien par la CJCE de la légitimité même sélective des « Golden Shares » comme une solution insuffisante pour établir une concurrence non faussée dans le domaine des opérations de prise de contrôle. Ce constat a contribué à motiver l'introduction dans la directive 2004/25 de la règle dite de la percée (la « *breakthrough rule* »), qui permet de dissocier les restrictions statutaires et conventionnelles des acquisitions d'actions à l'issue d'une offre publique d'achat qui a réussi. L'acquéreur pourra exercer un contrôle effectif sur la société cible proportionnel aux actions acquises. L'adoption de cette approche au niveau européen illustre le souci de concrétisation d'une concurrence non faussée entre capital public et capital privé. A partir du moment où une société bénéficie des avantages du marché des capitaux, elle doit être assujettie aux mêmes règles, en dépit de son statut antérieur d'entreprise publique.

Cependant, cette finalité est altérée par le caractère optionnel conféré à la règle de la percée par la directive (Les Etats sont libres de transposer ou pas. La France a opté pour la non transposition). De plus des doutes persistent quant à l'effectivité de la règle de la percée face à une exigence d'autorisation préalable à l'acquisition d'un certain pourcentage des actions de la société cible. La règle repose sur l'existence d'un acquéreur qui obtient au terme de l'opération une majorité des actions de la société cible. Or les « *Golden Shares* » agissent en principe *a priori* en dissuadant la prise de contrôle.

La directive relative aux prises de contrôle ne donne pas une solution satisfaisante à la problématique des « Golden Shares ». C'est pour cela qu'il revient à la CJCE de donner au cas par cas des solutions. Dans ce contexte, elle ne doit pas se contenter de traiter des problèmes posés par les mesures publiques mais doit aussi tenir compte des aspects statutaires du droit privé qui peuvent fixer des limites (peut-être justifiées) à la concurrence entre capital public et capital privé. Pour le moment, la jurisprudence la plus aboutie, l'affaire *Volkswagen*, laisse de nombreuses questions en suspens⁶⁴⁸.

Cette approche jurisprudentielle conduit à s'interroger sur l'interprétation faite par le juge de l'article 345 TFUE (ex-article 295 CE). La question peut être reformulée de la façon suivante. En dépit des efforts de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, ce n'est pas sur le fondement de l'ex-article 295 CE que la Cour de justice a résolu la problématique posée par les *golden shares* mais en s'appuyant sur sa jurisprudence traditionnelle concernant l'évaluation des restrictions possibles aux libertés de circulation⁶⁴⁹. Ce faisant, la prescription de l'ex-article 295 CE (nouvel article 345 TFUE) aurait, en quelque sorte, perdu de son intérêt pour les Etats membres qui tentent « d'immuniser » leur interventionnisme capitalistique de l'application des règles du Traité CE. Les textes nationaux mettant en œuvre les *golden shares* sont considérés comme des mesures nationales pouvant être appréhendées par le Traité alors que l'utilisation de l'ex-article 295 CE aurait permis de réserver la compétence en la matière aux Etats membres.

Cette question conduit à deux commentaires. D'une part, les récentes dispositions françaises semblent avoir adopté la logique dégagée par la CJCE qui s'appuie sur la justification d'une dérogation à la libre circulation. Ainsi, la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie a introduit une action spécifique au profit de l'Etat dans le capital de Gaz de France. Cette action spécifique est instituée dans le but de « [...] *préserver les intérêts essentiels de la France dans les secteurs de l'énergie, et notamment la continuité et la sécurité*

⁶⁴⁸ J.VON BEKKUM, J. KLOOSTERMAN, J. WINTER, « Golden Shares and the European Company law : », op. cit., p. 10

⁶⁴⁹ Sur ce point, voir la synthèse proposée par R.KOVAR, « Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice », *Europe*, août-septembre 2008, étude n°7, pages 5 à 10.

*d'approvisionnement [...] »*⁶⁵⁰. En cela, l'article 345 TFUE (ex-article 295 CE) paraît avoir perdu de son intérêt. D'autre part, il semble nécessaire de s'interroger pour savoir si la logique de «neutralité» qui se dégage de l'article 345 TFUE constitue un critère d'attribution ou une réserve de compétence au profit des Etats membres. Les travaux préparatoires à la conclusion du traité CEE⁶⁵¹ montrent les liens étroits qui existent entre les ex-articles 295 CE, 86 CE et 31 CE. Les prémisses de ces textes se trouvent dans un document du 4 janvier 1957 qui s'intitule *Entreprises publiques, services publics et monopole d'Etat*⁶⁵². Le 4 février 1957, ce document retravaillé est scindé en deux nouvelles propositions d'articles (les futurs articles 86 CE et 31 CE). C'est à l'occasion de cette scission qu'apparaît dans une note de bas de page, à la fin de l'énoncé d'un paragraphe qui ressemble au paragraphe 1 de l'article 86, le texte suivant : « [...] *Les délégations ont marqué leur accord pour que le principe suivant lequel le régime de la propriété des entreprises ne serait pas préjugé par le présent Traité, fasse l'objet d'une disposition générale de celui-ci [...] »*⁶⁵³. La connexité entre les articles 295 CE et 86, paragraphe 1, CE semble plaider pour l'interprétation suivante : si l'existence de l'économie mixte n'est pas remise en cause même par le nouveau traité (art. 345 TFUE), son exercice reste soumis aux règles du Traité (ex-art. 86, paragraphe 1 CE). Dès lors, l'article 345 TFUE n'apparaît pas comme une réserve de compétence. La porte reste ouverte à des règles communautaires de droit dérivé encadrant l'exercice de l'économie mixte et permettant de protéger les entreprises européennes de certains investissements ou favorisant une concurrence entre capital public et capital privé.

⁶⁵⁰ Article 39, Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JORF n° 284 du 8 décembre 2006

⁶⁵¹ Avec toutes les réserves portant sur l'utilisation des travaux préparatoires en droit international (CIJ, 1 juillet 1952, Affaire Ambatielos (Grèce c/ Royaume-Uni), Rec., 1952, p. 27 puis CIJ, 26 juin 1992, Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c/ Australie), Rec., 1992, p. 239). La compréhension des logiques qui ont prévalu à l'élaboration du droit communautaire demeure toutefois primordiale tant sur le plan politique que juridique

⁶⁵² Il s'agit ici de documents MAE extraits des fichiers CM3/NEGO 153 et CM3/NEGO 237 conservés par les archives historiques du Conseil de l'Union européenne et, plus particulièrement, du document MAE 14 f/57 vr du 4 janvier 1957.

⁶⁵³ Document MAE 393/f/57 mp

§ 2. L'impact des actions spécifiques sur la qualification des opérations concentratives.

Comme il a été déjà noté dans le paragraphe précédent, les actions spécifiques représentent un moyen fortement utilisé dans le processus de la restructuration des entreprises énergétiques et plus particulièrement dans leur privatisation. Il paraît convenable d'examiner de quelle façon elles peuvent influencer la qualification des opérations de concertations. A cet égard, l'acquisition du contrôle de Distrigaz et de Synatom par Tractebel, à l'occasion des opérations de privatisation menées par l'Etat belge, pourrait fournir un exemple typique.

§§ 1. Le cas de Distrigaz

Postérieurement à l'opération, Distrigaz qui a d'abord fait l'objet d'un contrôle conjoint entre l'Etat belge et Tractebel, est passé sous le contrôle unique de Tractebel. Dans la nouvelle structure de l'actionnariat l'Etat belge ne dispose plus que d'une "action spécifique" qui ne lui confère aucun droit de vote ni à l'Assemblée générale, ni au Conseil d'administration dont il perd la possibilité de nommer le président⁶⁵⁴.

En même temps par cette action spécifique l'Etat conserve les pouvoirs précédemment détenus par le Commissaire du gouvernement, lesquels seront dorénavant conférés aux deux représentants avec voix consultative qu'il pourra nommer au Conseil d'administration.

Alors que le texte existant se borne à mentionner que le veto de l'Etat peut s'exercer à propos de résolutions allant à l'encontre de l'intérêt général, le nouveau texte (projet d'Arrêté Royal) précise la notion d'intérêt général qui comporte le droit de s'opposer dans un délai de 4 jours:

- à des cessions de titres pour plus de 5% du capital, conduisant à des changements de droits de vote portant atteinte aux intérêts nationaux ;

⁶⁵⁴ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II) point 12

- à des cessions ou changement d'affectation des actifs stratégiques de Distrigaz nuisant aux intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie ;

- à des décisions s'opposant aux lignes directrices de la politique de l'énergie du pays, notamment lorsqu'elles sont contenues dans le plan d'investissement et d'activités ou dans le budget.

Enfin, en cas de blocage entre actionnaires ne permettant pas de réunir, lors des assemblées générales extraordinaires, la majorité des 3/4 requise, l'Etat dispose exceptionnellement d'un nombre de voix lui permettant d'arbitrer ces situations dès lors que : -i) la résolution a obtenu une majorité de 2/3, c'est-à-dire les voix de Tractebel y incluses et -ii) la décision est importante pour la réalisation des objectifs énergétiques du pays.

On pourrait conclure de ce qui précède que, postérieurement à l'opération, l'Etat perd sa qualité d'actionnaire ainsi que les intérêts financiers et les prérogatives qui en découlent, tant à l'Assemblée générale qu'au Conseil d'administration, lesquels fondent le contrôle joint. Seules subsistent les prérogatives attachées à la défense de l'intérêt public qui se voient restreintes par une énumération limitative remplaçant la formulation large qui prévalait antérieurement dans le champ d'application du droit de veto de l'Etat.

Les prérogatives exercées par l'Etat en tant que puissance publique et non en tant qu'actionnaire, lorsqu'elles sont limitées à la seule défense de l'intérêt public, ne fondent pas le contrôle joint au sens du règlement, dans la mesure où elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de mettre l'Etat en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'entreprise, mais uniquement de garantir, le cas échéant, le respect de l'intérêt général dont est en charge la puissance publique.

En conséquence, à l'issue de l'opération, l'Etat belge ne bénéficie plus du contrôle conjoint sur Distrigaz, qui passe sous le contrôle exclusif de Tractebel. Du fait de sa position majoritaire dans le capital de Distrigaz, Tractebel contrôle toutes les décisions de l'assemblée générale ordinaire, qui sont toutes prises à la majorité simple, y incluse la nomination des membres du Conseil d'administration. S'agissant de l'adoption de décisions nécessitant la majorité des 3/4 lors d'assemblées générales extraordinaires, elle requiert, en toute hypothèse, l'accord

de Tractebel. De la même manière, Tractebel bénéficie à lui seul d'un droit de veto sur ces décisions. Or, on pourrait conclure que l'opération constitue une opération de concentration au sens du règlement communautaire.

§§ 2. La privatisation de SYNATOM

Cette opération s'inscrit dans le cadre de la privatisation des entreprises et actifs détenus par l'Etat belge à travers la SNI à l'exception de certaines participations qui sont conservées par l'Etat sous la forme d'actions spécifiques⁶⁵⁵.

A la suite de l'opération ELECTRABEL détient plus de 97 % du capital de SYNATOM et dispose de la majorité absolue au Conseil d'administration. De son côté l'Etat belge, grâce à l'action spécifique qu'il détient dans SYNATOM, a la possibilité de nommer deux représentants au Conseil d'administration⁶⁵⁶.

Selon les textes de la convention de vente ces deux représentants de l'Etat peuvent participer à toutes les délibérations du Conseil d'administration mais ils ne disposent d'aucun droit de vote. Ils peuvent cependant, comme dans le cas de Distrigaz, s'opposer dans un délai de 4 jours aux cessions de titres pour plus de 5 % du capital et aux décisions du Conseil d'administration de SYNATOM qu'ils estiment contraires aux lignes directrices de la politique de l'énergie du pays, y compris les objectifs du gouvernement relatifs à l'approvisionnement du pays en énergie⁶⁵⁷.

Enfin, en cas de blocage entre les actionnaires ne permettant pas d'obtenir la majorité spéciale prescrite par la loi ou les statuts sur des questions touchant aux objectifs de la politique de l'énergie du pays, cette action spécifique permet au ministre ou à son délégué de fixer une nouvelle assemblée endéans les huit jours et d'y soumettre une contre-proposition visant à lever le blocage⁶⁵⁸.

En se fondant sur l'analyse de la Commission, on peut conclure que préalablement à l'opération l'Etat disposait dans SYNATOM de prérogatives de

⁶⁵⁵ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II) point 5

⁶⁵⁶ J. MODEN « Le secteur de l'énergie. Acteurs et stratégies » *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2008/9 (n° 1994)

⁶⁵⁷ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II) point 14

⁶⁵⁸ Ibid. point 15

deux natures. Cette diversification résulte de la double qualité de participation de l'Etat dans cette société – de son statut d'actionnaire et de ses prérogatives de puissance publique⁶⁵⁹.

Les prérogatives sont de deux types. Les premières, attachées à la défense des intérêts liés à la qualité d'actionnaire, définissent à elles seules le contrôle de SYNATOM par l'Etat, puisqu'elles permettent à l'Etat d'exercer une influence décisive sur la conduite des activités de SYNATOM.

Les secondes, se rapportant à la défense de l'intérêt public, ont pour objet de garantir le plein exercice des prérogatives de la puissance publique en matière d'indépendance nationale et de définition de la politique énergétique, puisqu'elles permettent à l'Etat de disposer dans ces matières, le cas échéant, d'un droit de veto ministériel.

Dans ses conclusions, la Commission considère que :

« des prérogatives, exercées par l'Etat en tant que puissance publique et non en tant qu'actionnaire et clairement limitées à la seule défense de l'intérêt public ne fondent pas le contrôle joint au sens de l'article 3 du règlement en ce qu'elles n'ont ni pour objet, ni pour effet d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'entreprise mais uniquement de garantir, le cas échéant, le respect de l'intérêt général dont est en charge la puissance publique »⁶⁶⁰.

En se fondant sur cet argument donné par la Commission, on peut conclure qu'à l'issue de l'opération SYNATOM, antérieurement contrôlée par l'Etat belge, est contrôlée exclusivement par ELECTRABEL, filiale de TRACTEBEL et par conséquent l'opération notifiée constitue une opération de concentration au sens du Règlement communautaire.

⁶⁵⁹ En ce sens D. YERNAULT « Constitution, privatisation et pouvoirs spéciaux : un débat oublié » *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2001/24-25 (n° 1729-1730)

⁶⁶⁰ Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/ DISTRIGAZ(II) point 16

CONCLUSION PARTIE I

Le but de la libéralisation du secteur énergétique, initiée dans l'Union Européenne au début des années 90, est de créer un marché unique européen et de mettre en place une concurrence effective en Europe. La libéralisation d'un secteur peut permettre de générer des efficiences : efficiences productive, allocutive et dynamique. Concernant les impacts de la libéralisation sur le niveau de concurrence, des baisses des prix généralisées ne sont pas observables sur le marché de détails. Malgré de nombreuses opérations de concentration transfrontalières, la part des nouveaux entrants restent faible dans la plupart des pays.

On a observé que le territoire européen est fragmenté en une multitude de marchés nationaux du gaz et de l'électricité. Le manque d'investissement dans les infrastructures transfrontalières ne facilite pas l'intégration des marchés nationaux, même si quelques initiatives intéressantes ont été lancées pour faciliter l'émergence de marchés régionaux. Il a été également établi qu'il existe un manque chronique de transparence sur le fonctionnement du marché. L'accès à l'information pour les nouveaux arrivants est souvent limité à des fins discriminatoires. À cela, il faut également ajouter les mécanismes de prix qui sont très complexes et peu transparents.

En même temps on a constaté que le 3^e paquet législatif adopté apporte un semblant de réponse à chacun de ces problèmes. Pour le problème de l'accès des tiers aux réseaux, il renforce l'indépendance des GRT soit par le principe de la séparation patrimoniale, soit par les techniques de « ISO » et « ITO ». Le renforcement du pouvoir des autorités de régulation nationales permettent de lutter contre le manque de transparence (y compris pour les prix) et de s'assurer du comportement non discriminatoire des gestionnaires de réseau de transport. Concernant le manque d'intégration des marchés, la création de Réseau européen des gestionnaires de réseau de transport et de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie facilite considérablement les investissements transfrontaliers et, en conséquence, la réalisation d'un grand marché européen.

De nombreuses autres mesures sont aussi prévues par le paquet, elles ambitionnent, entre autres, d'améliorer la sécurité des consommateurs ou encore de renforcer la solidarité des Etats membres sur les questions énergétiques.

Dans le deuxième titre de la partie, les stratégies, les logiques, les formes et les déterminants empiriques et théoriques de la mobilité des entreprises ont été présentés.

L'ouverture des marchés à la concurrence représente pour les opérateurs en place l'apparition d'un paysage stratégique jusqu'ici inaccessible. Les choix de développement sont alors difficiles car nouveaux.

Les études de cas révèlent que les opérateurs analysés ont d'abord suivi des trajectoires originales avant de tous recadrer leurs dynamiques stratégiques sur des critères et des modèles assez proches. On analyse cette démarche comme un apprentissage collectif des nouvelles règles du marché libre mais aussi comme la construction progressive de nouvelles frontières au sein du secteur de l'énergie.

La libéralisation d'un secteur d'activité, autrefois en situation de monopole, place les acteurs concernés devant des choix stratégiques difficiles. Le confort et la protection du monopole laissant la place à la turbulence et aux risques des marchés concurrentiels, les firmes en place doivent alors s'adapter par les contraintes

Il ressort de cette étude, que les stratégies opérées par les acteurs ont d'abord été peu focalisées puis dans un second temps, se sont progressivement repositionnées sur des objectifs plus réduits et précis.

Qu'il s'agisse des marchés géographiques (marché domestique, marchés limitrophes, marché européen ou à l'international) ou des activités (électricité, gaz, multiutilities), après quelques tentatives hasardeuses, le « périmètre européen » et la « convergence gaz-électricité » sont les caractéristiques saillantes de la nouvelle dynamique stratégique au sein de ce secteur.

La convergence « gaz – électricité » reste le principal mouvement d'évolution de l'offre des grands opérateurs. Les tentations de développement dans les télécoms voire même dans les métiers de l'environnement restent limitées ou sont progressivement abandonnées. En effet, les allemands EON et RWE engagent une série de cessions d'actifs hors de leur cœur de métier, recentré maintenant sur l'énergie. Seul Suez reste encore actif dans ses métiers historiques de

l'environnement (Eau, déchets) mais la croissance du groupe provient principalement des métiers de l'énergie.

Les disponibilités financières dégagées servent en effet à financer la croissance et des acquisitions ciblées sur les marchés électriques et gaziers européens.

Concernant la dimension européenne on a constaté que l'ensemble des acteurs concentre progressivement leurs investissements sur les marchés européens qui restent attractifs, car de tailles importantes, solvables et en croissance. EDF se désengage ainsi de nombreuses participations lointaines ou isolées pour se recentrer sur ses marchés cibles. Après l'Angleterre et l'Allemagne, EDF prend finalement le contrôle de l'italien Edison et dans la foulée réorganise et développe ses positions sur le marché suisse (via Atel), contrôlant ainsi des marchés frontaliers et stratégiques.

Enfin on a constaté qu'exactement ce mouvement de retour à la expansion touchant à la fois les métiers et leur localisation, laisse place ces dernières années à un mouvement de concentration. Les OPA géantes entre acteurs européens mettent le secteur en ébullition tant d'un point de vue économique que politique. La course à une « taille critique » devient alors le maître mot de ces groupes énergétiques.

En même temps on a constaté que le secteur énergétique présente certaines caractéristiques expliquant la persistance de l'intervention étatique. Elles tiennent en premier lieu au fait qu'il s'agit d'une industrie de réseau. A ce titre, l'intervention étatique a longtemps été justifiée. Tout d'abord, ces activités s'effectuent sur plusieurs phases dont certaines restent aujourd'hui des monopoles naturels telles les activités de transport et de distribution. Il est ainsi préférable et plus profitable d'un point de vue économique qu'une seule entreprise soit chargée des activités concernées plutôt que de les ouvrir à la concurrence. Cela s'explique notamment par l'existence d'importants « sunk costs » mais aussi par les fortes économies d'échelle et de gamme. Ensuite, il considère que l'énergie constitue un secteur essentiel pour la collectivité mais aussi stratégique pour l'Etat. Enfin, les industries de gaz et d'électricité sont d'une grande complexité technique et nécessitent de larges investissements ce qui contribue à la création de barrières à l'entrée des marchés.

A côté de ces raisons liées au caractère d'entreprises de réseau, l'intervention étatique repose également sur des raisons liées au secteur en lui-même. Tout d'abord,

les marchés énergétiques sont de façon traditionnelle considérés comme des marchés vitaux pour l'Etat . Cette sensibilité se traduit par la mise en place de dispositifs juridiques protectionnistes et la création d'obstacles devant la mobilité des opérateur énergétique.

En limitant notamment la stratégie d'expansion d'opérateurs, ces réglementations nationales constituent souvent des obstacles au phénomène de recomposition en cours dans le secteur d'énergie. Ces mesures souvent suscitent des interrogations quant à leur légitimité au regard du droit communautaire. En même temps l'importance quantitative des opérations concentratives réalisées ces dernières années montre que leur impact est relativement faible en pratique. Le phénomène se poursuit donc sous le contrôle des autorités de concurrence.

PARTIE II

LE ROLE DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS LE PROCESSUS DE REALISATION DU MARCHE INTERIEUR DE L'ENERGIE

Le marché intérieur de l'énergie est un vaste projet qui date depuis des années. Toutefois, il est toujours impossible de le considérer comme un véritable marché intérieur. Le niveau d'intégration est encore très bas et la dimension demeure plutôt nationale. Celle-ci se présente ainsi comme un obstacle face au comportement et à la stratégie des entreprises énergétiques. Les concentrations apparaissent, dans cette perspective, comme un moyen d'intégration.

D'autre part elles présentent les caractéristiques d'un procès provoquant des conséquences fortement négatives sur le marché intérieur de l'énergie et plus concrètement sur le plan concurrentiel. Les autorités de la concurrence sont de plus en plus concernées par des problèmes économiques. La théorie économique permet de définir un cadre de concurrence et une analyse des marchés. Cela est particulièrement vrai dans l'analyse des fusions qui, de par leur nature, impliquent une évaluation *ex ante*. La réforme de la réglementation européenne et les lignes directrices qu'elle sous-tend témoignent de la place de plus en plus grandissante de l'analyse économique. Le test européen utilisé en matière de contrôle des concentrations a été modifié, passant d'un critère de dominance à un critère plus économique qui tient compte de l'influence effective de la fusion sur la concurrence. Afin de répondre à la problématique de cette partie, il faut dans un premier temps définir le rôle et les missions de la Commission européenne, d'autant plus que les réformes de la politique de concurrence européenne, entrées en vigueur en 2004, ont sensiblement modifié les procédures d'évaluation des fusions et les rapports de force entre les parties et la Commission européenne.

(Titre I)

Dans ce contexte les règles de contrôle des concentrations jouent un rôle très important. Elles représentent un moyen efficace dans le processus de la construction du marché énergétique uni. Les mesures correctives imposées lors des opérations de concentrations, dans le cadre de la procédure de contrôle des concentrations, sont l'occasion pour les autorités européennes de la concurrence d'agir sur la structure des marchés et de participer dans la réalisation du marché intérieur de l'énergie.

Pour cette raison on va chercher à déterminer à quel point la Commission utilise le contrôle des concentrations dans sa mission d'achèvement du marché intérieur de l'énergie. **(Titre II)**

TITRE I - LA PLACE ET LE ROLE DES AUTORITES DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DU CONTROLE DES SECTEURS EN VOIE DE LIBERALISATION

TITRE II - L'UTILISATION DES REGLES DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'ENERGIE

TITRE I

LA PLACE ET LE RÔLE DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DU CONTRÔLE DES SECTEURS EN VOIE DE LIBERALISATION

La déclaration faite par N. KROES⁶⁶¹, à l'époque commissaire de la concurrence, à la suite de la décision relative au rachat de MOL par E.ON illustre la détermination de la Commission à accélérer le processus d'achèvement et la libéralisation du secteur énergétique, notamment en recourant aux règles de contrôle des concentrations. N. KROES énonce qu'elle est

«convaincue que l'ensemble de mesures correctives adopté dans ce dossier permettra à la concurrence de se développer sur les marchés hongrois du gaz et de l'électricité. La démarche qu'a adoptée la Commission est le reflet de son engagement à garantir qu'une concurrence effective se développe sur les marchés de l'énergie nouvellement déréglementés »⁶⁶².

Elle ajoute que l'enquête sectorielle⁶⁶³ a démontré le fonctionnement non satisfaisant des marchés de l'énergie. Ainsi,

« la Commission, tout en soutenant l'intégration du secteur de l'énergie à l'échelle européenne et sa restructuration, doit veiller à ce que tout problème de concurrence soit résolu et à ce que les consommateurs soient protégés »⁶⁶⁴.

S'il est évident qu'à travers cette pratique la Commission poursuit un but légitime, à savoir l'ouverture des marchés à la concurrence, le règlement CE sur les

⁶⁶¹ Communiqué de presse de la Commission du 21 décembre 2005 IP/05/1658

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ Communication de la Commission, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 - Non publié au Journal officiel

⁶⁶⁴ *Ibid*

concentrations ne semble pas constituer l'instrument le plus approprié⁶⁶⁵. Sa politique apparaît très interventionniste aux yeux de certains commentateurs qui la qualifient de «quasi-régulation»⁶⁶⁶. G. MONTI indique que les remèdes « *turn the Commission into an industry regulator which uses its powers to improve the way markets work* »⁶⁶⁷.

Or, cela ne va pas sans poser de problèmes. La Commission ne possède pas une connaissance du secteur énergétique égale à celle d'un véritable régulateur sectoriel ce qui crée un risque de mauvaise compréhension des marchés et d'application de solutions inappropriées. De plus la Commission poursuit un autre but, celui de la réalisation du marché intérieur. Les moyens d'y parvenir peuvent entrer en contradiction avec l'objectif de concurrence. La pratique en matière de remèdes illustre la difficulté de cet exercice de balance des intérêts en cause⁶⁶⁸. En même temps cette critique provoque des questions concernant la proximité des autorités de la concurrence et les autorités de régulations dans le domaine de secteur visé⁶⁶⁹.

CHAPITRE V - Proximité des régulateurs et des autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle du secteur de l'énergie

CHAPITRE VI- Incitations des autorités de concurrence à restructurer le secteur énergétique

⁶⁶⁵ M. PIERGIOVANNI, « EC Merger Control Regulation and the Energy Sector: An analysis of the European Commission's Decisional Practice on Remedies », *Journal of Network Industries*, Volume 4, n°3, 2003, p.266.

⁶⁶⁶ L. HANCHER, R. DE VLAM, « Merger remedies in the electricity sector », dans D. GÉRADIN (Ed.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia, 2004, p.220.

⁶⁶⁷ G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University press, 2007, p.476.

⁶⁶⁸ On va étudier la matière des remèdes dans la titre suivante.

⁶⁶⁹ Dans cet ouvrage on utilise les deux les deux notions dans le sens donné par le rapport de OCDE. Selon lui une autorité de concurrence désigne un organisme dont la compétence s'étend pratiquement l'économie dans son ensemble et qui administre un cadre législatif principalement destiné à protéger les consommateurs en empêchant les entreprises de limiter la concurrence par des ententes ou des fusions avec des concurrents ou d'éliminer des concurrents autrement qu'en proposant de meilleurs produits aux consommateurs. Tandis qu'une autorité de régulation désigne un organisme qui couvre un secteur ou un petit nombre de secteurs dans lesquels l'intérêt public ne serait pas suffisamment protégé s'il était confié aux marchés placés sous la surveillance d'un organisme chargé de la concurrence et où le gouvernement estime qu'il doit confier à un individu ou à une institution le pouvoir de spécifier directement les technologies, les méthodes de commercialisation et/ou les tarifs acceptables.

CHAPITRE V

Proximité des régulateurs et des autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle du secteur de l'énergie

Les missions et les outils des deux autorités sont en grande partie différents. Le régulateur intervient *ex ante* en fixant des règles qui peuvent être de types différents (tels les plafonds sur les prix), alors que les autorités de la concurrence interviennent *ex post* pour juger un comportement anticoncurrentiel reconnu existant tel qu'un abus de position dominante ou une pratique collusoire du moins lorsque ces autorités traitent des problèmes liés à leur politique antitrust. Néanmoins, dans certains cas, et en particulier dans les secteurs en voie de restructuration, les autorités de concurrence et de régulation devraient travailler en coopération pour assurer les conditions d'une concurrence effective sur le marché et la création d'un marché européen.

Plusieurs auteurs⁶⁷⁰ ont cherché à déterminer le partage des missions entre les régulateurs et les autorités de la concurrence. La même problématique a été traitée par D.GERARDIN et G.SIDAK⁶⁷¹ dans le secteur des télécommunications. Pour ces auteurs, leurs outils différents justifiaient un champ de compétence précis dévolu à chacun des deux organismes⁶⁷².

L'objet de ce chapitre est de démontrer la proximité de la politique de régulation et du contrôle des concentrations en tant qu'une des activités des autorités de la concurrence. On va comparer les objectifs, les procédures et les outils à la disposition des deux organismes. On ne va pas envisager les cas où les

⁶⁷⁰ A. PERROT, « La frontière entre régulation sectorielle et politique de la concurrence » *Revue française d'Economie*, 2002 Vol. 16 n°4, p.81-112 ; P. REY, « Toward a Theory of Competition Policy », dans Dewaripont, Mathias, Hansen, Lars Peter, Turnovsky, Stephen (eds), *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications*, 2003 Eighth World Congress, Vol. II Cambridge University Press, 2000; D. NEWBERY, , « The relationship between regulation and competition policy for network industries », papier écrit pour la conférence *How should competition policy transform itself? Designing the new competition policy*, 2003, Japon; D.MOSS, « Electricity Mergers, Economic Analysis and Consistency : Why FERC Needs to Change Its Approach », *AAI Working Paper 04-02*, 2005.

⁶⁷¹ D.GERARDIN, G.SIDAK, , « European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications », *working paper*, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=351100

⁶⁷² Ibid. p. 20 et s.

mesures correctives ont été utilisées par les autorités de concurrence comme des outils de restructuration industrielle. Cette étude empirique sera effectuée dans le chapitre suivant.

Le contrôle des concentrations se rapproche de la politique de régulation par un premier point bien évident : les autorités de la concurrence doivent déterminer ex ante quelles seront les conséquences d'une concentration sur le marché commun⁶⁷³. En même temps on peut constater que des différences persistent, ce qui est confirmé par le fait que le régulateur a un pouvoir discrétionnaire important. En effet, cette autorité doit mettre en place les règles qu'elle juge les plus adéquates pour permettre d'atteindre une situation concurrentielle. Les autorités de concurrence doivent quant à elles respecter les objectifs définis dans le règlement sur les concentrations. Dans cette perspective leur pouvoir discrétionnaire est moindre. On verra que dans les secteurs en voie de libéralisation où les modes de concurrence sont difficiles à définir et susceptibles de se modifier, le pouvoir discrétionnaire des autorités de concurrence est plus élevé que dans les autres secteurs.

Dans ce chapitre on ne se positionne pas dans un secteur spécifique. L'objectif est de montrer, dans un cadre général, que les différences entre les autorités de la concurrence et les régulateurs se sont avérées insignifiantes **(SECTION 1)**.

Pour faire comprendre les enjeux du partage des rôles entre les différents types d'intervention, cette recherche sera avant tout fondée sur la comparaison des objectifs de ces politiques, des instruments dont les institutions correspondantes disposent pour les atteindre et des procédures qui en contraignent la mise en œuvre⁶⁷⁴ **(SECTION 2)**.

⁶⁷³ J.COT. « Le temps dans le contrôle ex ante des concentrations », *RCC*, n°136,2003, p.27 Ch. GAVALDA, G.PARLIENI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^e éd. LITEC, Paris, p.409

⁶⁷⁴ A.PERROT, « La frontière entre régulation sectorielle et politique de la concurrence » *Revue française d'Economie*, 2002 Vol. 16 n°4. p. 84.

SECTION 1

Les objectifs des régulateurs et des autorités de la concurrence

Les autorités de régulation et les autorités de concurrence ont un objectif commun - l'amélioration de l'efficacité économique ainsi (cf. le rapport de l'OCDE⁶⁷⁵ sur les relations entre régulateurs et autorités de la concurrence). Concernant le secteur énergétique, les objectifs généraux sont aussi identiques. D'après M.MONTI, les deux autorités cherchent à éliminer les barrières nuisant à l'instauration d'une concurrence effective, à assurer la sécurité d'approvisionnement et à atteindre des objectifs environnementaux⁶⁷⁶. Cependant, ce tronc commun cache de nombreuses disparités. En premier lieu, même si on présume que l'objectif général est le même, les objectifs spécifiques sont différents : d'une part, favoriser la concurrence et contrôler les pratiques dans un secteur particulier de l'économie ; d'autre part, sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. De toute façon, l'amélioration de l'efficacité économique est un objectif flou qui doit être précisé⁶⁷⁷.

Concernant la politique de concurrence, les objectifs des autorités de la concurrence ne sont pas toujours précis A.WINKCKLER⁶⁷⁸ indique notamment que les entreprises, parties à des opérations de concentration, se plaignent du manque de transparence de la politique de la Commission. D'après l'auteur, certaines

⁶⁷⁵ OCDE , « Relationship between regulators and competition authorities », Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, DAFPE/CLP (99) 8. disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>

⁶⁷⁶ M. MONTI., « Applying EU Competition Law to the new liberalised energy markets », discours prononcé, World Forum on Energy Regulation, 6 octobre 2003, Rome. Disponible sur : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/03/447&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> ,p.2

⁶⁷⁷ A.PERROT, « La frontière entre régulation sectorielle et politique de la concurrence » *op.cit.* p.85 et s.

⁶⁷⁸ A.WINCKLER , « Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control? », in LEVEQUE F. et SHELANSKI E.(eds) *Merger remedies in American and European Union Competition Law*, édition, Edward Elgar Publishing.2003, p.86

d'entre elles ont dénoncé des remèdes disproportionnés par rapport au problème de la concurrence induit par la concentration⁶⁷⁹. La publication des décisions commentées ne suffit pas à lever les questions relatives aux motivations de la Commission.

La littérature⁶⁸⁰ mentionne plusieurs objectifs pouvant être suivis par les autorités de la concurrence. Un des objectifs évoqués est, évidemment, la protection de la concurrence en tant que telle. Les autorités de la concurrence cherchent à limiter la création ou le renforcement du pouvoir de marché⁶⁸¹. Elles peuvent aussi chercher à protéger les consommateurs et dans ce cas la politique de la concurrence maintient le niveau du surplus des consommateurs⁶⁸². Dans d'autres cas, les autorités de la concurrence peuvent vouloir protéger les concurrents de certaines entreprises présentes sur les marchés. Par exemple, certains règlements visent à protéger les petits détaillants face aux grands distributeurs. Enfin, parmi les objectifs à atteindre on peut noter la maximisation de l'efficacité concurrentielle ou le maintien du surplus global, le plus souvent sous la contrainte que le surplus des consommateurs ne baisse pas est ajoutée à ce critère⁶⁸³. Une telle approche permet certains objectifs d'équité d'être intégrés à ceux-ci. Ainsi, il serait souhaitable que les conditions tarifaires soient les mêmes sur l'ensemble du territoire national. Dans ce sens on peut citer A.PERROT qui discute chacun des objectifs possibles des politiques de la concurrence en les ramenant à l'objectif principal : l'efficacité économique⁶⁸⁴. La protection des concurrents se justifie si ceux-ci sont un élément essentiel de l'innovation dans le secteur⁶⁸⁵. La défense des champions nationaux est le seul objectif non-concurrentiel cité par A.PERROT⁶⁸⁶.

⁶⁷⁹ Des exemples de remèdes disproportionnés seront donnés dans chapitre VIII

⁶⁸⁰ Ch GAVALDA, G. PARLIENI, *Droit des affaires de l'Union européenne* op.cit.p.261; L.DUBOUIS, Cl.BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 5^e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p.491, A.JONES, B.SUFRIN, *EC Competition Law*, 3th edition, 2007, Oxford press, p. 38 et s.

⁶⁸¹ L.DUBOUIS, Cl. BLUMANN. *Droit matériel de l'Union européenne*, op.cit. p.492-493

⁶⁸² A.JONES, B.SUFRIN. *EC Competition Law*, op.cit. p.13, R.J. VAN DEN BERGH and P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd edn. Sweet and Maxwell, Antwerpen, 2006,p.29-30

⁶⁸³ A.JONES, B.SUFRIN. *EC Competition Law*, op.cit. p. 7 - 9

⁶⁸⁴ A.PERROT, « Politiques de la concurrence, régulation et croissance : les choix de l'Europe et des Etats-Unis » in *LES OBSTACLES À LA CROISSANCE EUROPÉENNE*, Cahier n° 3, juillet 2003 du Cercles des économistes, p.80 et s. Disponible sur <http://www.lecercledeconomistes.asso.fr/spip.php?article16>

⁶⁸⁵ Ibid. p. 83

⁶⁸⁶ Ibid.

Néanmoins, cet argument est critiqué et n'apparaît pas explicitement dans les décisions de la politique de concurrence en Europe⁶⁸⁷.

L'étude de l'OCDE a proposé une définition du rôle des régulateurs. Ils doivent viser à baisser les barrières à l'entrée pour faciliter l'accès des entreprises aux ressources rares, à attribuer les ressources aux entreprises en faisant l'usage le plus efficace et à organiser le service universel⁶⁸⁸. Une telle appréciation permet d'admettre que les missions allouées aux régulateurs intègrent une dimension plus redistributive que celles des autorités de la concurrence. L'organisation du service universel implique la gestion des transferts des ressources entre agents⁶⁸⁹.

Concernant les régulateurs A.PERROT cite d'autres missions⁶⁹⁰. Les régulateurs concourent aussi à l'aménagement du territoire. Cet argument a été cité par l'ART⁶⁹¹ pour expliquer ses choix en matière d'attribution des fréquences lors du dégroupage de la boucle locale radio. L'investissement, la préservation du patrimoine culturel ou l'emploi peuvent être d'autres buts du régulateur.

En même temps il est nécessaire de noter que les régulateurs ne recherchent pas systématiquement l'efficacité économique ou la protection de la concurrence. Leurs objectifs, contrairement aux autorités de concurrence, incluent des objectifs non concurrentiels. Mais on verra que, dans certains cas, ils peuvent entrer en conflit avec les autorités de concurrence⁶⁹².

Pour conclure, les autorités de la concurrence et les régulateurs sectoriels sont les deux acteurs gérant et surveillant les actions des entreprises mais avec, parfois, des objectifs conflictuels. Les firmes peuvent tirer parti de ces conflits. En

⁶⁸⁷ Sur cette question on va s'arrêter plus précisément dans le chapitre VIII

⁶⁸⁸ OCDE , « Relationship between regulators and competition authorities », Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, DAFPE/CLP (99) 8. disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf> , p.60.

⁶⁸⁹ Ibid. p.12

⁶⁹⁰ A.PERROT, « La frontière entre régulation sectorielle... » *op.cit.* p.87

⁶⁹¹ Créée par la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996, l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.) est une autorité administrative indépendante dont la mission spécifique est de veiller au bon fonctionnement du régime de concurrence instauré par la loi. En 2005, le législateur a souhaité lui confier également la régulation des activités postales. C'est ainsi que l'ART est devenue l'ARCEP : l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes. <http://www.arcep.fr/>

⁶⁹² OCDE , « Relationship between regulators and competition authorities », Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, DAFPE/CLP (99) 8. disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf> , p.72

confrontant les deux autorités, elles peuvent, en effet, se protéger des actions de l'une des autorités. Le régulateur suit parfois des objectifs allant à l'encontre de la concurrence, et peut ne pas partager certaines décisions des autorités de la concurrence. Ce fait plaide pour un effacement des régulateurs dès que les conditions sur le marché sont telles qu'une situation concurrentielle puisse être maintenue. Tant qu'elle n'est pas atteinte, les régulateurs gardent leur rôle essentiel. En charge d'un seul secteur et possédant donc un meilleur niveau d'information, ils sont plus aptes à créer un cadre concurrentiel pour les secteurs en transition. Les autorités de la concurrence, analysant de façon transversale l'ensemble des secteurs, ont pour eux l'avantage de décisions plus transparentes et un risque de capture plus faible.

SECTION 2.

Comparaison des moyens adoptés par les régulateurs et les autorités de la concurrence

On a déjà remarqué qu'une telle comparaison a fait l'objet d'une discussion non seulement dans la doctrine juridique mais aussi dans le domaine économique. Les études ont mis à jour les différences existant entre les deux approches. P.REY, dans son article de 2000, a listé quatre points différenciant les autorités de concurrence et les autorités de régulation dans le secteur des télécommunications⁶⁹³. Il s'agit des procédures et des droits de contrôle, conduisant à des gammes d'outils différents, du timing de la supervision, du niveau informationnel et de l'indépendance vis-à-vis des autres acteurs du marché.

Ces quatre points différenciant les deux autorités ne capturent qu'une partie de la réalité. Mais dans le cas des concentrations, les deux premiers points ne sont plus valables⁶⁹⁴.

⁶⁹³ P. REY, « Toward a Theory of Competition Policy » *op.cit.* 121-128

⁶⁹⁴ M.MOTTA, M.POLO, H.VASCONCELES, « Merger Remedies in the EU: An Overview », *Symposium " Guidelines for merger remedies – prospects and principles "*, Ecole des Mines, Paris, January 17-18, 2002, p.19

§ 1. Etendue et dynamique des outils de régulation et de contrôle des concentrations

A partir de la division des rôles généralement adoptée entre les régulateurs et les autorités de la concurrence, et de la place qui leur est accordée lors du processus de libéralisation, on peut déterminer les outils qui sont à leur disposition ainsi que les procédures relatives à ces deux types d'autorités. Alors que les autorités de la concurrence se limitent à contrôler la légalité des comportements des entreprises, les régulateurs ont plus de pouvoirs et peuvent contraindre les activités des acteurs économiques de plusieurs façons. Ils peuvent par exemple contrôler leurs décisions d'investissement⁶⁹⁵. Ils peuvent aussi modifier la structure industrielle du secteur en agissant sur les entrées⁶⁹⁶.

On va analyser les outils à la disposition de chaque autorité sur deux axes, à savoir l'étendue des gammes des outils disponibles et la dynamique du suivi.

§§ 1 Les autorités de régulation

Les régulateurs disposent d'une gamme d'outils plus étendue que la gamme à la disposition des autorités de la concurrence dans le cadre de la politique antitrust. A. Perrot indique dans son étude de comparaison des régulateurs et des autorités de la concurrence que la palette des variables de décisions accessibles aux régulateurs est beaucoup plus riche⁶⁹⁷. Parmi les outils principalement utilisés par les autorités de régulation, on peut noter ceux de types contractuels dont trois sont les plus importants : contrôle sur les prix⁶⁹⁸, contrôle sur les quantités⁶⁹⁹ et contrôle des entrées et sorties du marché⁷⁰⁰. Grâce au contrôle des entrées et des sorties les autorités peuvent surveiller la structure des marchés en agissant directement sur le nombre des acteurs et sur leur identité. Elles peuvent également proposer certaines

⁶⁹⁵ Articles 37 et 37-1 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁶⁹⁶ Article 28 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁶⁹⁷ A. PERROT, « La frontière entre régulation sectorielle... » *op.cit.* p.82

⁶⁹⁸ Article 27 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, en relation avec les articles 25 et 26 du loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie.

⁶⁹⁹ Article 8 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁷⁰⁰ Articles 37 et 37-1 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

mesures incitatives, tels les contrats de remboursement des coûts basés sur des plafonds des prix. Les entreprises sont incitées à réduire leurs coûts par la possibilité d'accroître leur marge.

Sur le marché amont, le régulateur contrôle le nombre des intervenants à travers l'octroi d'autorisation⁷⁰¹. Une autre mesure peut être adoptée pour contrôler le nombre des acteurs. Sur le marché aval, le régulateur peut contrôler la structure des entreprises actives en procédant par exemple à des démantèlements⁷⁰².

Des instruments de contrôle des prix sont aussi utilisés par la CRE, régulateur du secteur de l'énergie en France. La CRE propose le tarif d'accès aux réseaux, la décision finale revenant au gouvernement⁷⁰³. La CRE a aussi un pouvoir de proposition concernant les prix de l'électricité applicables aux consommateurs non-éligibles. Mais en revanche, la CRE ne peut interférer directement sur le nombre des acteurs sur le marché.

§§ 2 Les autorités de concurrence

Dans le domaine de la concurrence, le choix des instruments est conditionné par la qualification des pratiques⁷⁰⁴.

a. Les instruments dans le cadre de la politique antitrust

Un cas antitrust est analysé en deux étapes. Tout d'abord, les autorités de concurrence doivent déterminer s'il tombe sous le régime des ententes (article 101TFUE, ex-article 81TCE) ou s'il tombe sous le régime des abus de position dominante (article 102 TFUE, ex-article 82 TCE). Même si les outils mis à la disposition de la politique de la concurrence sont différents, ils sont systématiquement moins diversifiés que dans le cadre de la réglementation.

⁷⁰¹ Article 7 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁷⁰² Titre II du loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières

⁷⁰³ Article 4, paragraphe III du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁷⁰⁴ M.LEDDY, « Les différences en contrôle des concentrations et en antitrust » *RCC*, n°133, 2003p.45

Une fois le régime défini, les autorités de la concurrence peuvent remédier aux pratiques antitrust par le biais d'instruments de nature essentiellement répressive : des injonctions à cesser les comportements licencieux, des mesures correctives non incitatives et des sanctions pécuniaires⁷⁰⁵. Les mesures correctives sont demandées afin de faire cesser l'infraction constatée⁷⁰⁶. Elles peuvent être comportementales ou structurelles⁷⁰⁷. Toutefois, les mesures comportementales sont plus souvent utilisées que les mesures structurelles⁷⁰⁸.

Dans le cadre de la politique antitrust, ce sont les seuls instruments à la disposition des autorités de la concurrence. Celles-ci ne disposent pas d'outils contractuels du type fixation des prix ou des quantités, ces outils pouvant être utilisés par les régulateurs. Le Conseil de la concurrence impose parfois aux entreprises d'orienter leurs prix vers leurs coûts⁷⁰⁹. Mais cet outil est à la limite des possibilités de l'autorité de la concurrence qui débordent sur les prérogatives du régulateur. De plus, une telle mesure demandée par une autorité de la concurrence laisse une possibilité d'interprétation assez large.

b. Les instruments dans le cadre de la politique de contrôle de concentration.

Les outils à la disposition des autorités de la concurrence en matière de contrôle des concentrations sont de même nature. Si l'autorité de concurrence considère que la concentration provoque des problèmes de concurrence, elle peut demander aux entreprises une série de remèdes étendue allant de l'injonction à faire ou ne pas entreprendre telle action à un démantèlement partiel⁷¹⁰. Or on peut

⁷⁰⁵ Article 5 du REGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel n° L 001 du 04/01/2003*

⁷⁰⁶ A. WINCKLER, « Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions » in BRUNET, F., CANIVET, G. *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p. 352

⁷⁰⁷ Article 7, paragraphe 1 du REGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel n° L 001 du 04/01/2003*

⁷⁰⁸ A. WINCKLER, « Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne... » *op.cit.* p.352

⁷⁰⁹ Conseil de la Concurrence, Décision du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, aff. n°98-D-60

⁷¹⁰ Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98, in: Official Journal C 68, 02.03.2001, 3-11; Merger

conclure comme dans le cadre de la politique antitrust que les remèdes sont de deux types structurels et/ou comportementaux. Mais comme on verra dans le chapitre suivant, contrairement aux cas antitrust, les autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations privilégient le premier type de remèdes. De cette manière elles peuvent agir sur la structure des entreprises ayant notifié la concentration en admettant des cessions d'actifs ou des participations en tant que des conditions nécessaires à l'acceptation de l'opération.

Une des différences notables entre les outils à la disposition des régulateurs et des autorités de la concurrence est le suivi des mesures qui ont été prises. Le suivi de la part des autorités de la concurrence est ponctuel, alors que le travail des régulateurs se prolonge dans le temps. Ainsi les régulateurs peuvent utiliser des contrats incitatifs c'est-à-dire établir des solutions en plusieurs étapes. Par exemple, lors d'une première étape, le régulateur fixe un benchmark sur les prix qui est vérifié et/ou révisé par la suite⁷¹¹. Les autorités de la concurrence, quant à elles, ne communiquent avec les entreprises que par sauts quand des problèmes anticoncurrentiels apparaissent et non de façon continue. Les remèdes exigés lorsque des problèmes d'entente ou de prédation sont identifiés, modifient l'espérance de profit des entreprises, mais ne comportent qu'une unique étape. Les autorités ne peuvent pas passer de contrats avec les entreprises. Par exemple, si les autorités de la concurrence imposent une sanction pécuniaire à des entreprises après avoir prouvé un comportement collusoire, cette sanction devient un signal pour l'ensemble de l'économie.

Dans cette optique on doit noter obligatoirement que la dynamique du contrôle des concentrations se singularise de la politique antitrust. En effet, que les remèdes soient structurels ou comportementaux, des contrôles ex post sont nécessaires. On fera voir, dans le chapitre suivant, que les autorités de la concurrence ont une préférence pour les remèdes structurels, ceux-ci étant réputés

Remedies Study – DG Competition, European Commission, 2005, Disponible sur : http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf

⁷¹¹ R.SAPLACAN POP, *L'analyse des performances de la distribution d'électricité en environnement concurrentiel*, Thèse, Université Paris –Sud 11, 2008, p. 113

pour nécessiter de moindres besoins de contrôle⁷¹². Cependant, les développements exposés dans le chapitre II ont démontré que pour assurer l'efficacité des remèdes structurels un suivi est nécessaire. Ainsi, il s'impose parfois de redéfinir les actifs à céder pour trouver un acquéreur.

§.2. Procédures ex ante ou ex post

Le « timing » de la supervision diffère entre les deux autorités. En général les autorités de la concurrence appliquent une politique ex post. Elles jugent le comportement effectif des acteurs⁷¹³, tandis que les régulateurs jugent ex ante et préviennent les agissements anticoncurrentiels⁷¹⁴. De plus, les autorités ont des délais plus longs pour mener leurs investigations, tandis que les régulateurs doivent prendre des décisions plus rapidement.

Ce point de la procédure rapproche encore une fois la régulation et le contrôle des concentrations. Les autorités de la concurrence agissant ex post – excepté dans le contrôle des concentrations –, les procédures interviennent nécessairement plus longtemps après les faits qu'une régulation ex ante. De plus, les régulateurs et les équipes en charge du contrôle des concentrations doivent prendre des décisions dans un temps limité⁷¹⁵. En même temps dans le cas des régulateurs, il est important de noter que les délais ne sont pas tous fixés par des règlements mais imposés par des pressions importantes du fait que les décisions des régulateurs sont un préalable aux décisions des entreprises⁷¹⁶. Quant au cas du contrôle des concentrations, les délais sont imposés par la loi. Cette limite temporelle n'existe pas dans les autres domaines de la politique de la concurrence.

⁷¹² Article 8, paragraphe 4 du REGLEMENT (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel n° L 24 du 29/01/2004*)

⁷¹³ Ch.GAVALDA, G.PARLIENI, *op.cit.* p.261,

⁷¹⁴ D.GERARDIN, G.SIDAK, *op.cit.* p.15-16

⁷¹⁵ Dans le cadre du Règlement n°136/2004 en dépendance des problèmes soulevé par la concentration les délais d'investigation avant de se prononcer avec décision varient entre 5 à 8 semaines (Phase I) jusqu'à 4 à 5 mois (Phase II)- article 10-, tandis que dans le cas de CRE, l'autorité doit investiguer en générale dans un délai de 2 mois – Décret n°2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité

⁷¹⁶ A.PERROT, « La frontière entre régulation sectorielle... » *op.cit.* p.88

Dans la politique antitrust, seules les règles de prescription viennent limiter l'investigation des cas dans le temps⁷¹⁷.

En revanche, certaines différences subsistent. En premier lieu, en Europe, les autorités de la concurrence doivent adopter une attitude cohérente sur tous les secteurs. Cela les contraint à adopter une même attitude c'est-à-dire à prendre le même type de décisions quel que soit le secteur analysé. Par exemple, en matière de contrôle des concentrations, l'étude empirique effectuée dans le chapitre suivant permettra de démontrer qu'une part de marché faible (inférieure à 30%) entraîne une forte probabilité d'acceptation de la fusion et cela indépendamment du secteur. D'autre part les régulateurs ne sont pas assujettis à cette contrainte car ils varient d'un secteur à l'autre. Les actions de la CRE n'impliquent pas d'actions similaires de l'ART.

Selon A. Perrot les autorités de la concurrence, y compris le contrôle des concentrations, ne peuvent pas agir sur le choix des dossiers à traiter⁷¹⁸. Elles doivent traiter les cas dans l'ordre de leur arrivée et ne peuvent privilégier telle ou telle affaire. Elles doivent partager leurs ressources entre les différentes investigations en cours. Au contraire, les régulateurs sont moins contraints et peuvent choisir plus librement leurs actions et leur calendrier de travail. En conséquence, si les autorités de la concurrence veulent agir sur un secteur particulier, elles doivent saisir l'occasion quand un cas se présente.

§ 3. Niveau informationnel des régulateurs et des autorités de la concurrence

Le problème de l'asymétrie de l'information est commun aux autorités de la concurrence et aux régulateurs. Toutefois, le niveau informationnel des régulateurs est généralement plus élevé que celui des autorités de la concurrence car ils ont une

⁷¹⁷ Voir les articles 25-26 du REGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel n° L 001 du 04/01/2003*

⁷¹⁸ A.PERROT, « Politiques de la concurrence, régulation et croissance... » *op.cit.*, p.84 et s.

connaissance spécifique des secteurs qu'ils contrôlent⁷¹⁹. Le suivi en continu du secteur leur apporte un avantage certain sur les autorités de concurrence⁷²⁰.

Il est aisé de constater que les autorités de la concurrence ont des difficultés à obtenir des informations sur les pratiques anticoncurrentielles dont les entreprises se rendent coupables. Le programme de clémence mis en place dans les ententes en Europe⁷²¹ et dans certains Etats Membre, dont la France, est un moyen pour les autorités de concurrence d'acquiescer de l'information. Par ce programme, l'entreprise qui dénonce une entente est exemptée de sanction. Cela incite donc les firmes à dénoncer les ententes⁷²².

Les réformes récentes permettent d'accroître le niveau informationnel de la Commission européenne. Concernant la politique antitrust, la Commission européenne, après avoir identifié les secteurs dont le développement est entravé par l'absence de concurrence et qui, de ce fait, ne fonctionnent pas efficacement, pourra de sa propre initiative lancer des enquêtes dans ces secteurs. Ce contrôle proactif, si on reprend le terme utilisé par la Commission européenne dans une de ses communications concernant cette problématique⁷²³, suppose une veille concurrentielle sectorielle permanente et donc des recours fréquents à des études sectorielles⁷²⁴. Ces études permettront de mieux cerner les problèmes concurrentiels spécifiques à tel ou tel secteur. Ainsi, la Commission européenne a lancé plusieurs enquêtes dont une sur le secteur énergétique afin de définir les freins à l'ouverture effective de ce marché à la concurrence⁷²⁵.

Concernant le contrôle des concentrations, les fusions ne sont plus traitées par une équipe spécialisée dans les problèmes de concurrence sans connaissance particulière du secteur mais, au contraire, par une équipe incluant des spécialistes

⁷¹⁹ P.REY, *op.cit.* p.125

⁷²⁰ Ibid. p.126

⁷²¹ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, (C 298/11), *Journal officiel n° C 298 du 8/12/2006*

⁷²² Ibid. considérant 8

⁷²³ Communication de la Commission, *Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive*, COM(2004) 293 final, 20 avril 2004

⁷²⁴ Article 17 du REGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel n° L 001 du 04/01/2003*

du secteur concerné⁷²⁶. Il sera ainsi possible d'affiner les analyses. Dans le secteur énergétique par exemple où le potentiel du pouvoir du marché est sensiblement plus difficile à mesurer que par la simple prise en compte des parts de marché de chaque concurrent, une analyse experte des concentrations pourraient conduire à des conclusions différentes. Les décisions et les remèdes demandés pourraient ainsi être plus spécifiques à chaque secteur. Cependant, cette meilleure adaptation des décisions de la Commission au secteur touché par l'opération concentrative peut nuire à leur prévisibilité. Or, les entreprises, en fonction des caractéristiques objectives de la fusion, pouvaient prédire la décision finale de la Commission. Une modification de la politique de la Commission, attachant ses décisions à des considérations plus sectorielles, pourraient induire des incertitudes.

Pour conclure, les réformes permettent d'accroître le niveau informationnel de la Commission européenne sans cependant qu'il puisse égaler le niveau de connaissance des régulateurs. En conséquence, le régulateur est plus à même de gérer des tâches comportant des données quantitatives telles que la gestion des pratiques de prédation ou la détermination des prix d'accès où la connaissance des structures du coût est nécessaire. Les politiques de la concurrence sont quant à elles plus efficaces pour gérer des mécanismes de concurrence telle que la discrimination et l'élimination de barrières à l'entrée.

§ 4. Pouvoir discrétionnaire

Le pouvoir discrétionnaire différenciant les autorités de la concurrence et les régulateurs, évoqué par Laffont et Tirole⁷²⁷, se rapporte à l'indépendance des agences vis-à-vis des pouvoirs politiques. On utilise ce cadre pour comparer les deux institutions avec une attention plus particulière portée sur le contrôle des concentrations.

⁷²⁵ Communication de la Commission du 10 janvier 2007 intitulée «Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité (rapport final)» [COM(2006) 851 - Non publié au Journal officiel].

⁷²⁶ Article 11 du RÈGLEMENT (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel* n° L 24 du 29/01/2004) – voir aussi DG COMPETITION *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

⁷²⁷ J.-J. LAFFONT, J. TIROLE, *Competition in Telecommunication*, MIT Press, Massachusetts, 2001, p.56-57

Par rapport à un régulateur qui aurait des compétences en matière de règlement des litiges, de définition des règles et de leur mise en œuvre, les pouvoirs des autorités de la concurrence apparaissent bien inférieurs. D'après la définition de leur fonction par l'OCDE⁷²⁸, l'objet des autorités de la concurrence est de sanctionner les comportements des entreprises allant à l'encontre d'un cadre législatif précis. La mission des autorités de concurrence est donc de s'assurer que les entreprises respectent les règles de concurrence. Ce point soulève cependant des interrogations à propos de secteurs qui n'ont pas encore réalisé leur transition vers la concurrence. Quelle position devrait adopter les autorités de la concurrence dans ces cas pareils ? La situation étant plus floue et leur mission moins précise, leur pouvoir discrétionnaire est accru.

Les autorités de la concurrence devant juger de l'adéquation des remèdes au problème anticoncurrentiel induit par la concentration, possèdent un pouvoir discrétionnaire dépendant des difficultés d'évaluation de celle-ci. En effet, l'analyse des concentrations est délicate. Les décisions à prendre n'apparaissent pas clairement. Cette zone de doute peut être utilisée par les autorités de la concurrence pour maximiser un objectif autre que l'objectif défini dans le règlement sur les concentrations. En même temps on peut constater que les modes de concurrence dans les secteurs nouvellement libéralisés sont souvent mal définis : par exemple, les entreprises se concurrencent-elles en prix ou en quantité ? Enfin, si les autorités peuvent répondre à cette question à la date de l'examen de la concentration, ce type de concurrence est-il stable ou susceptible de se modifier par la suite ?⁷²⁹

La délimitation du marché pertinent pose un autre problème. Dans des marchés souvent nationaux, la politique européenne tend à les agrandir et à diminuer les barrières potentielles limitant les entrées⁷³⁰. De plus, les contrôles des concentrations s'effectuant ex ante, les autorités de la concurrence doivent évaluer non pas la structure industrielle telle qu'elle est mais telle qu'elle sera à la suite du

⁷²⁸ OCDE , « Relationship between regulators and competition authorities », Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, DAFPE/CLP (99) 8. disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf> p.52

⁷²⁹ D. SPECTOR, « Les nouveaux critères d'appréciation du contrôle communautaire des concentrations », in BRUNET, F., CANIVET, G., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p.642

rapprochement des entreprises et à la fin du processus de libéralisation⁷³¹. Ces incertitudes donnent aux autorités de la concurrence une marge de manœuvre élargie par rapport au contrôle antitrust⁷³².

Enfin, les autorités de la concurrence européenne instruisent les cas et les jugent. Aucune instance ne les contrôle à court terme. Ce cumul de fonctions est parfois critiqué. En effet, dans le cadre de la Commission européenne, une équipe de la Merger Task Force instruit le cas et la décision finale est ensuite prise par le Commissaire en charge des problèmes de concurrence⁷³³. Il n'a certainement pas matériellement le temps d'examiner en profondeur chacun des cas et sa nouvelle analyse reste superficielle. La réforme du contrôle des concentrations en Europe cherche à améliorer le processus décisionnel. Sans mettre en place une autorité de justice indépendante en charge de rendre les décisions, plusieurs gardes fous sont instaurés pour limiter ce cumul aggravant le pouvoir discrétionnaire de la Commission. D'une part, l'analyse économique est renforcée par la création d'un poste de chef économiste (Chief Economist), directement rattaché au directeur général et chargé d'éclairer la Commission par un avis indépendant, ainsi que par un recours plus systématique à des études économétriques en Phase II⁷³⁴. En outre, un panel d'officiels de la Commission joue le rôle d'«avocat du diable» en jetant «un regard neuf» – quoi qu'interne – sur le dossier en Phase II⁷³⁵. Ces changements ne résolvent cependant pas tous les problèmes, l'instructeur et le juge étant liés l'un à l'autre. Néanmoins, une séparation complète des deux fonctions est une solution coûteuse. Cela entraînerait une perte informationnelle.

D'autre part, les autorités européennes doivent respecter des dates limites contraignantes en matière de contrôle des concentrations. La nécessité d'impliquer

⁷³⁰ A.JONES, B.SUFRIN, *op.cit* p.1012-1018

⁷³¹ Ch.GAVALDA, G, PARLIENI, *op.cit*, p.414

⁷³² Elle peut argumenter que, dans l'avenir, tel acteur A peut devenir un concurrent potentiel de B et que, par conséquent, la fusion entre les entreprises A et B induit des problèmes de concurrence.

⁷³³ La décision est ensuite votée par le collègue des Commissaires européens

⁷³⁴ Ch.GAVALDA, G, PARLIENI. *op.cit*, p.413

⁷³⁵ F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » in BRUNET, F., CANIVET, G., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p. 573

deux équipes dans le règlement de l'opération provoquerait un surcroît de travail, certainement incompatible avec les contraintes en ressources humaines.

Le cas de la fusion Mannesmann/Vallourec/Ilva⁷³⁶ illustre la plus large marge de manœuvre de la Commission en matière de décisions. La Commission voulait interdire cette opération mais a été contrainte pour des raisons politiques de l'autoriser⁷³⁷. Dans son analyse, elle n'a pas retenu la concurrence potentielle comme un facteur diminuant les risques d'atteinte à la concurrence. Cette analyse est en contradiction avec les principes développés dans les cas Nestlé/Perrier⁷³⁸ et Aerospatiale-Alenia/De Havilland⁷³⁹. A propos de ces cas la Commission prévoit que lors de l'évaluation de la concentration on doit prendre en considération l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents.

Pour conclure, il faut arbitrer entre transparence des décisions et pouvoir discrétionnaire. Un certain degré de pouvoir discrétionnaire est nécessaire. Il n'est pas souhaitable d'annoncer des règles trop rigides, mais plutôt de fonder les décisions sur une analyse au cas par cas. Néanmoins, trop de pouvoir discrétionnaire ne conduit pas à une politique crédible et prévisible. L'existence des directives européennes est un moyen de rendre crédible la mise en œuvre de la politique de concurrence, mais aussi une sécurité juridique renforcée pour les entreprises.

Un second élément limite le pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence en matière de contrôle des concentrations, même dans le cas d'un secteur depuis peu libéralisé : la procédure d'appel⁷⁴⁰.

§§ 1. Le contrôle exercé par le TPICE et la CJCE sur les décisions de la Commission en matière de concentrations

⁷³⁶ Décision de la Com. du 31.01.1994, aff. n° IV/M.315 *Mannesmann/Vallourec/Ilva*

⁷³⁷ Pour une analyse plus approfondie voir D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis In the EC Competition Rules*, 3rd edition, 2009, TheHague: Kluwer Law International

⁷³⁸ Décision de la Com. du 22.07.1992, aff. n° IV/M.190 *Nestlé/Perrier*

⁷³⁹ Décision de la Com. du 21.10.1991, aff. n° IV/M.53 *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*

⁷⁴⁰ Article 16 du REGLEMENT (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel* n° L 24 du 29/01/2004)

Les décisions de la Commission relatives aux concentrations peuvent faire l'objet d'un recours devant le TPICE. En effet, en vertu de l'article 263 TFUE, un recours en annulation peut être formé en vue d'obtenir l'annulation d'une décision de la Commission tant pour des motifs de fond, (le caractère notifiable de l'opération, la segmentation du marché ou encore la manière dont la Commission a appliqué les critères d'analyse) que pour des motifs liés au non respect de la procédure.

Les parties disposent d'un délai de deux mois pour se pourvoir devant la CJCE contre l'arrêt rendu par le TPICE. La CJCE se prononcera exclusivement sur des questions de droit.

Cette procédure de recours en annulation d'une décision de la Commission est utilisée assez rarement. Toutefois, d'importants arrêts ont été rendus en 2002 sans doute en conséquence de la mise en place d'une procédure accélérée ne durant que quelques mois.

§§ 2. L'étendue du contrôle à la lumière de la jurisprudence récente

Dans le cadre de son contrôle, le TPICE a censuré plusieurs décisions de la Commission ayant interdit des opérations de concentration. Les censures prononcées dans différentes affaires, notamment *Airtours*⁷⁴¹, *Schneider-Legrand*⁷⁴², *Tetra Laval-Sidel*⁷⁴³ et *GE/Honeywell*⁷⁴⁴, montrent la détermination du TPICE à exercer un contrôle étroit des décisions de la Commission en matière de concentrations, mais établissent également les limites que le TPICE doit respecter.

a. Le TPICE contrôle l'interprétation de la Commission (affaire Tetra Laval-Sidel)

En principe, le contrôle du TPICE cesse là où l'évaluation économique commence, puisque l'on reconnaît à la Commission un grand pouvoir

⁷⁴¹ TPI, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Société Airtours c/ Commission*, Rec. II, p. 2585

⁷⁴² TPI, 22 octobre 2002, 2 arrêts, aff. 310/01 et 77/02, *Société Scheider Electric c/ Commission*, Rec. II, p. 4071.

⁷⁴³ TPI, 25 octobre 2002, 2 arrêts, aff. 5/02 et 80/02, *Société Tetra Lavai c/ Commission*, Rec. II, p. 4381

⁷⁴⁴ TPI, 14 décembre 2005, aff. T-209/01 et T-210/01, *Honeywell/GE*

discrétionnaire dans son évaluation économique⁷⁴⁵. Le TPICE a pour mission de veiller à la bonne application des critères d'analyse des opérations de concentration lors de leur mise en œuvre par la Commission. L'affaire Tetra-Laval constitue une excellente illustration de l'étendue du contrôle exercé par le TPICE.

Cette affaire s'est déroulée en deux phases: la première devant le TPICE qui a annulé la décision de la Commission et la seconde devant la CJCE qui a confirmé l'arrêt du TPICE en clarifiant l'étendue du contrôle opéré par la juridiction communautaire de première instance.

Dans sa décision, la Commission interdisait le rapprochement entre la société Tetra Laval (leader mondial des emballages en carton pour produits alimentaires) et la société Sidel (producteur de machines à fabriquer des bouteilles en plastique) par le biais d'une offre publique d'achat. Le TPICE a annulé cette décision considérant que la Commission avait surestimé les conséquences anticoncurrentielles de l'opération, n'avait pas démontré en quoi l'acquisition de Sidel aurait incité Tetra Laval, en position dominante sur le marché des emballages en carton, à obtenir une position dominante sur le marché des bouteilles en plastique. S'agissant d'une concentration «conglomérat», c'est-à-dire entre des entreprises qui ne sont pas en concurrence sur le même marché mais opèrent sur des marchés connexes, une telle opération n'est pas anticoncurrentielle en soi ; il est donc nécessaire de prouver qu'elle génère un « effet de levier » d'un marché sur l'autre⁷⁴⁶. Le TPICE a estimé que la Commission n'avait pas rapporté cette preuve.

Un pourvoi a été formé par la Commission à l'encontre de l'arrêt du TPICE⁷⁴⁷. Dans son arrêt du 15 février 2005, la CJCE rejette ce pourvoi considérant que le TPICE avait statué conformément à ses attributions en relevant les éléments insuffisants, incomplets, peu significatifs, discordants et inexacts de l'analyse de la Commission. La CJCE en a profité pour clarifier l'étendue du contrôle du TPICE sur les décisions de la Commission en indiquant :

⁷⁴⁵ Le pouvoir d'appréciation de la Commission en matière économique n'empêche cependant pas le juge communautaire de procéder à un contrôle de cette interprétation de données de nature économique. Voir *infra*, CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 P et C-13/03 P

⁷⁴⁶ G.DRAUZ, *Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement*, *Compétition Policy Newsletter*, n°2 summer 2005, p. 35

⁷⁴⁷ CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 P et C-13/03 P, *Commission/Tetra Laval BV*

*« que la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique, surtout dans le cadre d'une analyse prospective »*⁷⁴⁸.

b. Le TPICE vise les décisions mal justifiées

Le premier arrêt du TPICE qui a fixé un standard élevé en matière d'analyse et de preuve a été rendu dans l'affaire Schneider-Legrand le 22 octobre 2002. Le TPICE a annulé en effet la décision de la Commission ordonnant à la société Schneider de se séparer de la société Legrand sur laquelle elle avait réalisé une offre publique d'échange, au motif que la Commission avait commis plusieurs erreurs dans son analyse économique des conséquences de cette concentration sur le secteur du matériel électrique dans le Marché Commun.

En premier lieu, la Commission avait estimé que cette concentration aurait affecté l'ensemble des marchés de la Communauté car elle aurait renforcé la position dominante du groupe Schneider-Legrand, mais sans donner de justification à cette déduction. Ensuite, la Commission n'avait pas procédé à une analyse précise des conditions de distribution pays par pays pour estimer que cette concentration aurait affecté l'ensemble des marchés de la Communauté. Enfin, la Commission avait manifestement surestimé la puissance économique du nouvel ensemble, le marché français mis à part. Mais, pour ce dernier marché, un argument procédural justifiait également l'annulation de la décision de la Commission.

Ce sont les mêmes motifs qui ont donné lieu à l'annulation de la décision de la Commission dans l'affaire Tetra Laval/ Sidel. Désormais, la Commission se trouve dans l'obligation d'apporter des preuves convaincantes avant de s'opposer à une concentration. Le standard de preuve qui lui est imposé en matière de contrôle des concentrations se révèle ainsi très élevé. Cette analyse est confirmée par l'arrêt GE/Honeywell mais le TPICE, même s'il relève le manque de rigueur de l'analyse, n'a pas annulé la décision parce que les conclusions de la Commission étaient exactes.

⁷⁴⁸ Voir le Communiqué de presse n°1 1/05 du 15 février 2005.

En effet, le 14 décembre 2005, le TPICE a rejeté le recours formé contre la décision de la Commission interdisant la fusion des entreprises américaines General Electric et Honeywell alors que celle-ci avait été autorisée par les autorités américaines de concurrence⁷⁴⁹. Dans son arrêt, le TPICE confirme les constatations de la Commission selon lesquelles la concentration créerait ou renforcerait une position dominante et entraverait dès lors de manière significative la concurrence effective sur trois marchés : le marché des réacteurs pour avions régionaux de grande taille, le marché des réacteurs pour avions d'affaires et le marché des petites turbines à gaz marines. Le TPICE a estimé que de telles constatations suffisaient pour conclure que la concentration est incompatible avec le Marché Commun.

Le TPICE a relevé toutefois que la Commission avait commis des erreurs d'appréciation manifestes à propos d'autres aspects de l'affaire. Ainsi, s'agissant de l'intégration verticale résultant de la concentration entre les démarreurs pour réacteurs d'Honeywell et les réacteurs de GE, le TPICE a considéré que la Commission n'avait pas démontré que l'intégration verticale aboutirait nécessairement au renforcement de la position dominante préexistante de GE sur le marché des réacteurs pour avions commerciaux de grande taille, précisant que la Commission n'avait pas tenu compte de l'effet dissuasif de l'ex-article 82 TCE (nouvel article 102 TFUE). Le TPICE a dès lors considéré que l'analyse de la Commission était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation et que la Commission n'avait pas établi avec un degré de probabilité suffisant les effets congloméraux de l'opération.

Le TPICE a fait preuve d'indulgence à l'égard de la Commission en maintenant la décision de cette dernière, néanmoins il a une nouvelle fois réaffirmé un standard de preuve élevé pour étayer les conclusions parfois sévères de la Commission s'agissant des effets anticoncurrentiels des concentrations notifiées.

Enfin on peut dire que face au risque d'un renversement de leurs décisions, les autorités de la concurrence peuvent adopter des stratégies plus prudentes. Ces deux aspects encadrant le pouvoir discrétionnaire de la Commission sont communs à tous les secteurs. Dans les secteurs en voie de libéralisation le pouvoir

⁷⁴⁹ TPICE, 14 décembre 2005, aff. T-209/01 et T-210/01, Honeywell/GE

discrétionnaire de l'autorité de la concurrence étant plus important, les textes et le système d'appel ne suffisent pas toujours à faire respecter l'équilibre entre transparence et prévisibilité des décisions.

En conclusion on peut dire que le contrôle des concentrations se démarque de la politique antitrust sur deux points. En premier lieu, il s'effectue ex ante. En second lieu, dans les secteurs en voies de libéralisation, le pouvoir discrétionnaire des équipes chargées de l'évaluation des concentrations est renforcé. Elles ont les moyens d'utiliser des mesures correctives à des fins de restructurations. La seconde partie de ce chapitre se focalise sur les incitations des autorités de la concurrence à utiliser ces possibilités dans le secteur énergétique.

CHAPITRE VI

Incitations des autorités de concurrence à restructurer le secteur énergétique

On a vu dans le chapitre précédent que, dans les secteurs en voie de libéralisation, le rôle du régulateur est d'accompagner l'ouverture des marchés en mettant en œuvre un cadre réglementaire adapté. Donc certaines questions de concurrence sont du domaine des deux autorités. Mais on doit noter en même temps que les autorités de régulation n'ont pas toujours la latitude pour engager les mesures convenables et utiles⁷⁵⁰. Dans ce contexte la politique du contrôle des concentrations peut être un allié dans le processus de restructuration du secteur et, en parlant de marché intérieur de l'énergie en Europe, dans le processus d'achèvement du projet. Selon la Commission les réformes structurelles dans le secteur de l'énergie semblent encore nécessaires dans certains pays membres⁷⁵¹. Ainsi, la position largement dominante des anciens monopoles est fortement critiquée par Bruxelles⁷⁵². Mais en ce qui concerne la France, un démantèlement d'EDF par le régulateur n'est pas envisagé. Cependant, la Commission européenne a obligé EDF à vendre une partie de ses centrales électriques via les VPP (Virtual Power Plant)⁷⁵³. En Allemagne, à l'ouverture du secteur énergétique, les opérateurs étaient interdépendants et ne pouvaient pas entrer en concurrence entre eux. Aucun régulateur n'existait encore.⁷⁵⁴ Le pays avait adopté un système d'autorégulation. Les acteurs du secteur définissaient ensemble les règles.

⁷⁵⁰ P. CHONE, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre ex ante et ex post », in *Frison-Roche, M.-A. (dir.) Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, DALLOZ, 2006, p.51 et s.

⁷⁵¹ Communication de la Commission du 11 mars 2009 au Conseil et au Parlement européen intitulée « Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité » [COM(2009) 115 final – Non publié au Journal officiel]. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0115:FR:NOT> p.7

⁷⁵² Ibid.

⁷⁵³ Décision de la Com. du 07.02.2000, aff. n° COMP/M.1853 EDF/EnBW - Les VPP seront présentés et analysés dans le chapitre suivant de la Thèse

⁷⁵⁴ En ce sens M.ROGGENKAMP, .,C. REDGWELL, I. del GUAYO, A. RONNE, , *Energy Law in Europe*, 2nd ed. OXFORD, 2007, p.657 (Germany)

SECTION 1.

Les contextes de la régulation

Avant de définir plus en détail le rôle des régulateurs dans le secteur énergétique, il est nécessaire d'analyser les raisons motivant la régulation dans un contexte général.

§ 1. La régulation dans le contexte général

Selon la définition donnée précédemment, on peut poser que les régulateurs interviennent en deux temps. Dans un premier temps, ils sont chargés de mettre en place une situation concurrentielle. Dans un second temps, ils contrôlent la conformité des comportements des acteurs du marché aux règles concurrentielles ou à d'autres objectifs (tels que des objectifs de service public)⁷⁵⁵.

La régulation s'impose dans les secteurs avec des imperfections dues à des barrières élevées à l'entrée, voire insurmontables dans les cas de monopoles naturels, ou à la présence d'externalités⁷⁵⁶. Enfin, le respect de certaines obligations de services publics attachés à des secteurs spécifiques nécessite la présence d'une autorité de contrôle en continu. Ainsi, la régulation se place en amont des problèmes de concurrence. Dans ces secteurs le but de la régulation est de créer un cadre concurrentiel⁷⁵⁷. Une fois ce cadre établi, les règles de concurrence s'imposent. Le partage des tâches doit alors s'effectuer entre le régulateur et les autorités de la concurrence.

Le régulateur est préféré aux autorités de la concurrence puisqu'il présente deux avantages. En premier lieu, comme il a été déjà noté, il possède une meilleure connaissance du secteur, étant donné qu'il l'étudie en permanence. Les liens forts entre le régulateur et les entreprises régulées posent cependant le problème de la capture du régulateur. Les relations à long terme entre les différentes parties peuvent amener le régulateur à se rapprocher des intérêts des acteurs du marché au

⁷⁵⁵ On peut lire dans ce sens l'article 28, paragraphe I du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁷⁵⁶ Voir l'article 28, paragraphe I, deuxième proposition du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁷⁵⁷ F.STEINER, « Regulation, Industry Structure and Performance in the Electricity Supply Industry », *OECD Economics Department Working Papers*, No. 238, OECD Publishing, 2000, p.10-11

détriment de ses missions. Les autorités de la concurrence, quant à elles, sont moins susceptibles de tomber dans un tel travers⁷⁵⁸.

En second lieu, la politique ex ante, pratiquée par le régulateur, permet une gestion plus rapide des conflits et problèmes, allant même jusqu'à prévenir le problème. De la sorte, l'entreprise n'a pas à en subir les coûts. Ainsi, la fixation d'une rémunération adéquate de l'accès aux réseaux évite une augmentation des prix de l'énergie. Par rapport à une telle situation une autorité de la concurrence ne peut que constater une anomalie, effectuer une enquête et prouver l'abus de position dominante effectuée par un opérateur. C'est seulement après ces procédures qu'elle peut imposer aux opérateurs de pratiquer des prix moins élevés. Entre temps, les consommateurs se sont vus «sur-tarifer». Les décisions de la politique de la concurrence permettent aussi d'éviter certains conflits. En effet, la menace de répression est suffisante pour que les entreprises respectent les règles de concurrence. Intégrant dans leur profit inter temporel le risque de coût de la sanction, elles sont incitées à adopter un comportement licite⁷⁵⁹. Cependant, l'effet de la menace est plus faible dans les marchés en voie d'ouverture à la concurrence. D'une part, les modes de concurrence ne sont pas encore suffisamment explicites. D'autre part, les entreprises de ces secteurs n'ont que peu d'expérience de la concurrence. Elles se sentent encore protégées et n'intègrent pas les coûts générés par les sanctions.

Dans les marchés potentiellement concurrentiels⁷⁶⁰ où le cadre concurrentiel a été clairement défini, aucune régulation ne devrait persister. Cependant, même dans ce type de marchés, les prix peuvent être manipulés par des acteurs bénéficiant de pouvoirs de marché significatifs. De plus, certains objectifs de redistribution entre consommateurs et de garantie d'un certain niveau de qualité

⁷⁵⁸ Le régulateur intervient en continu sur un secteur et entretient des liens privilégiés avec les entreprises du secteur qu'il régule. Ce premier facteur est déjà un élément favorisant sa capture. On peut citer un second facteur accroissant le risque de capture. Beaucoup de membres de l'autorité de régulation ont travaillé au cours de leur carrière professionnellement dans une des entreprises qu'ils régulent. Le régulateur est dans une situation d'asymétrie d'information ; or c'est lui qui préside au partage de la rente de monopole, il peut donc se faire capter soit par les producteurs soit par les consommateurs.

⁷⁵⁹ A. WINCKLER, « Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions » in BRUNET, F., CANIVET, G. *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008p.371-372

des services doivent être respectés. Si le secteur est régulé, c'est que la concurrence seule ne peut assurer la qualité des services ainsi que l'accès aux biens de façon non discriminatoire. Si les objectifs du second type sont du ressort des régulateurs, la prévention et la sanction de comportements anticoncurrentiels doivent être assurées par l'autorité de concurrence⁷⁶¹.

Il y a donc complémentarité entre le régulateur et l'autorité de la concurrence, le premier construisant le cadre et le second faisant respecter par la suite les règles de concurrence.

§ 2. La régulation dans le contexte du secteur de l'énergie

Les secteurs de réseaux sont dans la plupart des cas surveillés par un régulateur. D'une part, ces secteurs présentent souvent des caractéristiques de monopoles naturels. D'autre part, les entreprises de ce secteur doivent assumer certaines missions de services publics. Ainsi, pour garantir ces services, l'Etat doit les contrôler. De ce point de vue, le secteur énergétique et plus précisément celui de l'électricité et du gaz, cumule deux motivations : les activités de transport ne peuvent pas être doublées et chaque individu doit avoir accès à l'énergie à un prix raisonnable. J.-M. GLACHANT analyse les motifs d'une régulation des industries de réseaux⁷⁶². L'existence de monopoles naturels ne justifie pas à elle-seule le recours permanent à une agence de régulation. En partant de ce postulat, on peut préciser que dans certains cas aucun mécanisme ex ante ne peut être crédible et ne peut permettre la mise en place de la concurrence sans le contrôle effectué par le régulateur.

Ainsi dans le secteur de l'énergie les actions ex ante doivent être combinées avec des actions ex post. La régulation dans ce secteur s'inscrit donc dans la durée.

⁷⁶⁰ C'est-à-dire des marchés où aucun monopole naturel ne subsiste et, donc, aucun problème de tarification d'accès à des réseaux.

⁷⁶¹ OCDE, « Relationship between regulators and competition authorities », Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, DAF/CLP (99) 8. disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf> p.55-57

⁷⁶² J.-M. GLACHANT, "Why Regulate Deregulated Network Industries?", *Journal of Network Industries*, 2002, Vol 3: 297-298.

Quel est le rôle du régulateur dans cette industrie ? En premier lieu, il cherche à favoriser la concurrence. Dans la plupart des secteurs en voie de libéralisation, le rôle du régulateur est d'accompagner l'émergence de la concurrence. Au début du processus, il est nécessaire de surveiller étroitement les comportements des acteurs. Une connaissance approfondie du secteur permet de détecter rapidement les comportements anticoncurrentiels.

Ainsi le régulateur peut évaluer plus facilement que les autorités de la concurrence les écarts entre prix observés et prix en concurrence. Une fois sa tâche accomplie - c'est-à-dire la concurrence effective sur les marchés électriques -, le régulateur doit s'effacer et le secteur passe sous le contrôle des autorités de la concurrence.

En second lieu, il gère les segments en situation de monopole naturel. Ces segments ne peuvent pas être ouverts à la concurrence. Les segments du transport et de la distribution restent des monopoles naturels que le régulateur doit continuer à réglementer⁷⁶³. L'encadrement des réseaux de transport et de distribution apparaît comme une nécessité pour assurer un niveau de concurrence élevé dans les segments potentiellement concurrentiels. S'agissant de cette mission, elle ne peut pas être transférée à terme vers des autorités de la concurrence.

Enfin, une troisième mission consiste à surveiller et contrôler le respect des lois et des règlements relatifs au secteur électrique, et assurer en particulier le respect des services publics. Ce rôle reste crucial aussi bien avant qu'après la mise en place d'une concurrence effective.

Outre les objectifs de concurrence analysés ci-dessus, le régulateur a aussi des objectifs nonconcurrentiels attachés aux obligations de services publics. Ainsi, en France, le livre blanc sur les énergies publié en novembre 2003 par le ministère de l'Industrie, définit trois objectifs de services publics⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Considérant 15 de la DIRECTIVE [2003/54/CE](#) du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive [96/92/CE](#) (JO L 176 ; 15/07/2003)

⁷⁶⁴ MINEFI (Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie) *Rapport sur le secteur de l'énergie en 2004*.

Premièrement, le livre blanc institue un droit à l'énergie pour tous à un prix régulé et sur l'ensemble du territoire. L'énergie fait partie des biens de première nécessité. Il importe donc que la politique énergétique permette à chacun et notamment aux plus démunis d'accéder à une source d'énergie de qualité et à un prix compétitif. Les missions de services publics stipulent que les prix d'accès à l'électricité doivent être identiques quel que soit le lieu d'habitation. Cela induit que le prix pour les consommateurs ne peut être calculé sur la base des coûts, qui diffèrent d'une région à l'autre. En effet, les conditions d'acheminement de l'électricité ne sont pas équivalentes pour un hameau isolé dans une zone montagneuse et pour une grande métropole.

Deuxièmement, l'ouverture à la concurrence ne doit pas s'effectuer aux dépens de l'environnement. La production et la consommation d'énergie peuvent avoir des impacts majeurs sur l'environnement, à savoir des émissions de gaz à effet de serre, des polluants contribuant à la dégradation de la qualité de l'air ou de déchets radioactifs. En parallèle, il convient de veiller à ce que les risques du secteur nucléaire soient correctement gérés.

Enfin, il est nécessaire de préserver la sécurité d'approvisionnement énergétique. En concurrence, les prix du marché à l'équilibre devraient s'ajuster de façon à prendre en compte les besoins de financement de nouvelles centrales de production⁷⁶⁵. Cependant, le régulateur ne peut laisser faire les seules forces du marché. Il existe des risques de pénurie d'électricité en périodes de demande particulièrement forte⁷⁶⁶.

En résumé, sur ces trois missions du régulateur, une seule a vocation à disparaître, à terme, au profit des autorités de la concurrence. Le régulateur doit, en premier lieu, améliorer la concurrence dans le secteur énergétique, mais ce point est problématique. Le secteur énergétique européen est fortement concentré et les entreprises ont un pouvoir de marché important alors que les régulateurs ont peu de moyens pour intervenir. Les autorités de la concurrence peuvent jouer alors un rôle décisif. Concernant les deux autres missions mentionnées, le régulateur est plus

⁷⁶⁵B.ESNAULT, « Libéralisation des marchés électriques et choix d'investissement en production », *Revue de l'énergie*, n° 539, 2002, p. 507

⁷⁶⁶ Ibid.p.505

apte à agir que les autorités de la concurrence. Pour contrôler le monopole naturel, il est nécessaire de contrôler les prix et vérifier la non-discrimination de l'accès de tiers aux infrastructures de transport. Or cet accès peut être refusé pour des raisons techniques. L'autorité compétente doit savoir identifier les raisons valables (c'est-à-dire exemptes de motivations anticoncurrentielles) des tentatives d'exercice du pouvoir de marché. La mission est déjà ardue pour les régulateurs qui connaissent le marché. De même, le contrôle du respect des missions de services publics nécessite une proximité du secteur régulé, ces missions étant différentes d'un secteur à l'autre. Ainsi, en France, dans le secteur électrique, les prix doivent être identiques pour tous les consommateurs domestiques alors que dans d'autres secteurs des différences de prix sont autorisées.

SECTION 2.

L'organisation de la régulation dans le secteur de l'électricité et du gaz

Les discussions suscitées par la présentation du « troisième paquet énergie » se sont focalisées surtout sur le problème de la séparation patrimoniale. Pourtant, les propositions de la Commission européenne comportent un autre volet, moins politique et peut-être plus technique, visant à mieux encadrer le marché de l'énergie et à rendre son fonctionnement plus transparent et plus efficace.

Ces dispositions répondent directement aux exigences exprimées par le Conseil européen du printemps 2007, qui préconisait la poursuite de l'harmonisation des compétences des régulateurs nationaux et le renforcement de leur indépendance⁷⁶⁷; l'établissement d'un mécanisme indépendant pour la coopération entre les régulateurs nationaux.

La nouvelle organisation de la régulation sectorielle, introduite par le paquet législatif, se fonde sur deux volets - des compétences accrues et une plus grande indépendance pour les autorités de régulation nationales (ARN) d'un côté, et l'établissement d'une plateforme institutionnelle permettant la coopération et la

⁷⁶⁷ Conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles (8 et 9 mars 2007), p. 17.

prise de décisions par les ARN à propos de problèmes des marchés énergétiques dépassant le cadre national.

§ 1. Une harmonisation attendue des compétences des régulateurs nationaux

Les directives antérieures relatives au marché intérieur de l'énergie ont imposé aux Etats membres l'établissement d'une ou plusieurs autorités nationales de régulation. Les compétences minimales de ces autorités de régulation sont définies par l'article 23 de la directive 2003/54/CE et l'article 25 de la directive 2003/55/CE. Elles doivent assurer la gestion des interconnexions et leurs possibles congestions, superviser la manière dont les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution remplissent leur mission, évaluer le niveau de transparence et de concurrence sur les marchés et s'assurer de la publication par les gestionnaires de réseaux d'informations appropriées concernant les interconnexions, l'utilisation du réseau et l'allocation des capacités aux parties intéressées.

Les autorités de régulation sont également chargées de fixer ou d'approuver les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux, y compris les tarifs de transport et de distribution (ou au moins les méthodes de calcul de ces tarifs), ainsi que les conditions d'équilibrage. Elles doivent aussi s'assurer de la dissociation comptable des activités régulées au sein des entreprises intégrées.

Les considérants des deux directives de 2003, actuellement en vigueur, ajoutent toutefois qu'il appartient aux Etats membres de préciser les fonctions, les compétences et les pouvoirs administratifs des autorités de régulation. Il en résulte d'importantes disparités entre les différents Etats en ce qui concerne les attributions, les moyens et les pouvoirs des régulateurs nationaux. Les examens détaillés par pays, auxquels la Commission européenne a procédé, ont ainsi mis en lumière ce manque d'uniformité et, dans bien des cas, la faiblesse de l'autorité de régulation.

Les nouvelles directives concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz suppriment les dispositions régissant aujourd'hui les autorités nationales de régulation et les remplacent par des mesures beaucoup

plus détaillées, visant à leur attribuer une indépendance accrue et des compétences généralement plus étendues.

§§ 1. Une indépendance accrue

Il est désormais prévu que chaque Etat membre ne pourra désigner qu'une seule autorité de régulation nationale, ce qui devrait conforter le rôle de ces structures⁷⁶⁸.

Par ailleurs, si la législation en vigueur prévoit bien que les régulateurs soient totalement indépendants des secteurs du gaz et de l'électricité, elle ne précise pas comment cette indépendance peut être assurée de manière démontrable et ne garantit pas l'indépendance par rapport aux intérêts politiques à court terme.⁷⁶⁹

Le troisième paquet détaille les dispositions que les Etats doivent mettre en œuvre pour garantir cette indépendance⁷⁷⁰.

Il est d'abord indiqué que l'autorité de régulation doit être juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée⁷⁷¹. son personnel et les personnes chargées de sa gestion doivent agir indépendamment de tout intérêt commercial et ne solliciter ou n'accepter aucune instruction d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée⁷⁷².

Pour atteindre ces objectifs, la Commission précise les règles organisationnelles que les Etats doivent respecter. En premier lieu, l'autorité de régulation doit être dotée de la personnalité juridique, bénéficiaire de l'autonomie budgétaire et disposer de ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de ses obligations⁷⁷³. Deuxièmement, ses cadres doivent être nommés

⁷⁶⁸ Article 35, paragraphe 1 de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 1 de la directive 2009/73/CE

⁷⁶⁹ Article 35, paragraphe 2 de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 2 de la directive 2009/73/CE

⁷⁷⁰ E.CABAU, A.DOHERTY, F.ERMACORA, F.GRAPER, Ch.JONES, Ch.SCHOSER, O.SILLA, W.WEBSTER *EU Energy Law. The Internal energy market. The Third Liberalisation Package*, Leuven, CLAYES et CASTEELS, 2010, p.217-219

⁷⁷¹ Article 35, paragraphe 4,a) de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 4,a) de la directive 2009/73/CE

⁷⁷² Article 35, paragraphe 4,b) de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 4,b) de la directive 2009/73/CE

⁷⁷³ Article 35, paragraphe 5,a) de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 5,a) de la directive 2009/73/CE

pour un mandat à durée déterminée non renouvelable de cinq ans au minimum. Ils ne doivent pouvoir être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat qu'en cas de faute grave⁷⁷⁴.

Ces diverses dispositions doivent autoriser une uniformisation du statut des régulateurs nationaux.

On peut rappeler, à cet égard, qu'en France la Commission de régulation de l'énergie (CRE) n'est dotée ni de la personnalité morale⁷⁷⁵ ni de l'autonomie budgétaire⁷⁷⁶. Ses moyens sont inscrits au budget de l'Etat dans la mission « développement et régulations économiques » au sein du programme « régulation et sécurisation des échanges, de biens et services ». Une modification des dispositions de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006⁷⁷⁷ relative au secteur de l'énergie s'avère nécessaire lors de la transposition du « troisième paquet énergie ».

Il convient également de souligner que, dans son rapport d'activité publié en juin 2007⁷⁷⁸, la CRE estimait que la progression récente de ses crédits de fonctionnement était insuffisante pour lui permettre de faire face à la fois aux enjeux de l'ouverture complète des marchés et à l'extension de ses missions prévue

⁷⁷⁴ Article 35, paragraphe 5,b) de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 5,b) de la directive 2009/73/CE

⁷⁷⁵ Le collège des commissaires comprend le président du collège, nommé par décret du Président de la République, deux vice-présidents, nommés respectivement par le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, deux membres nommés respectivement par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, un membre nommé par le président du Conseil économique et social, un membre nommé par décret et deux représentants des consommateurs d'électricité et de gaz naturel, nommés par décret.

⁷⁷⁶ Les crédits nécessaires au fonctionnement (outre d'éventuelles ressources propres issues de rémunération pour services rendus) sont proposés par la commission au ministre chargé de l'énergie pour être inscrits dans la loi de finances. Le président de la CRE en est l'ordonnateur, et le contrôle financier prévu par la loi du 10 août 1922 ne s'exerce pas.

Les services de la CRE sont placés sous l'autorité du président de la CRE (qui est le président du collège). Pour l'exercice des missions de règlement des différends et de sanction, ils sont placés sous l'autorité du président du comité de règlement des différends et des sanctions. Le président de la CRE nomme aux emplois. La commission peut employer des fonctionnaires en position d'activité ou de détachement dans les mêmes conditions que le ministère chargé de l'énergie ou recruter des agents contractuels. Le personnel est soumis aux mêmes règles déontologiques que tous les agents publics, renforcées par la même interdiction que celle faite aux commissaires de recevoir des instructions du gouvernement ou d'autres institutions, personnes, entreprises ou organismes, ainsi que par la réaffirmation de la règle du secret professionnel, dont la violation, établie par une décision de justice, entraîne la cessation d'office des fonctions. Le président de la CRE et le président du CORDIS ont qualité, chacun pour ce qui le concerne, pour agir en justice.

⁷⁷⁷ Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie

⁷⁷⁸ CRE, Rapport d'activité, 2007, p.43

par la loi précitée du 7 décembre 2006. Elle observait même qu'un réajustement de ses moyens devrait être réalisé pour satisfaire aux exigences communautaires.

§§ 2. Des compétences étendues

Le « troisième paquet énergie » prévoit un renforcement des compétences des régulateurs nationaux et leur confie aussi un mandat explicite de coopérer à l'échelon européen.

Les missions et compétences des régulateurs nationaux font donc l'objet de longs développements, bien plus détaillés que les dispositions des directives de 2003.

Les principales missions confiées aux régulateurs visent à contrôler le respect, par les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution, des règles régissant l'accès des tiers, des obligations en matière de dissociation, des mécanismes d'équilibrage, la gestion de la congestion et la gestion des interconnexions, surveiller la sécurité et la fiabilité du réseau et évaluer les règles régissant la sécurité et la fiabilité du réseau, contrôler le respect des obligations en matière de transparence, surveiller le degré d'ouverture des marchés et de concurrence et promouvoir une concurrence effective, en coopération avec les autorités de la concurrence et garantir le plein effet des mesures de protection des consommateurs⁷⁷⁹.

La principale innovation réside dans un alinéa attribuant aux régulateurs le soin d'évaluer les plans d'investissement des gestionnaires de réseaux de transport.

Cette évaluation doit être effectuée au regard du plan décennal d'investissement pour l'ensemble de l'Europe que les gestionnaires des réseaux de transport doivent élaborer collectivement en vertu du règlement concernant les conditions d'accès aux réseaux.

Cette appréciation des plans d'investissement constituera un accroissement significatif des compétences de la plupart des régulateurs nationaux. Jusqu'à

⁷⁷⁹ Article 37 de la directive 2009/72/CE et 41 de la directive 2009/73/CE

présent, seuls le Royaume-Uni et la France ont doté leurs régulateurs de pouvoirs similaires.

En France, la CRE dispose d'un pouvoir d'approbation des programmes d'investissement qui, après avoir été limité au secteur électrique, a été étendu, par la loi du 7 décembre 2006, aux programmes des transporteurs de gaz naturel (la CRE met en œuvre, pour la première fois, ces nouvelles compétences pour l'approbation des programmes 2008 de GRTgaz et de TIGF⁷⁸⁰).

Par ailleurs, les régulateurs doivent disposer des pouvoirs nécessaires pour s'acquitter de leurs obligations d'une manière efficace et rapide. Ils se voient donc reconnaître le droit d'enquêter, de demander toutes les informations nécessaires et d'imposer des sanctions dissuasives. De plus, les entreprises sont tenues de conserver les données concernant leurs décisions opérationnelles durant cinq ans et de les mettre à la disposition des autorités de régulation ainsi que des autorités de la concurrence et de la Commission européenne pour leur permettre de vérifier les allégations d'abus de marché.

Enfin, la reconnaissance explicite de la coopération au niveau européen est étroitement liée à la création d'une nouvelle Agence européenne.

§ 2. Une agence européenne de coopération des régulateurs

La coordination et la coopération entre les autorités nationales de régulation sont déjà permises par l'intermédiaire de l'ERGEG (Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz).

Ce groupe, créé en novembre 2003, à l'initiative de la Commission européenne, est le pendant institutionnel du CEER⁷⁸¹ (Council of European Energy Regulations), association créée en 2000 et regroupant les régulateurs de l'énergie des Etats membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen (au sein de l'ERGEG, ces derniers ne sont invités qu'en tant qu'observateurs).

⁷⁸⁰ Délibération de la CRE du 18 décembre 2008 portant décision sur le programme d'investissements de TIGF En application de l'article 21 de la loi n° 2003-08 du 3 janvier 2003

⁷⁸¹ http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_ABOUT

A côté de ces structures, la Commission a favorisé le développement de forums d'autorégulation pour améliorer le traitement des questions transfrontalières : le forum de Florence⁷⁸² pour l'électricité et le forum de Madrid⁷⁸³ pour le gaz.

Toutefois, la Commission estime aujourd'hui que ces forums et l'ERGEG n'ont pas donné l'impulsion décisive pour renforcer les normes et les approches communes nécessaires à la création, à terme, d'un marché européen de l'énergie. L'ERGEG, en particulier, a atteint ses limites, ne pouvant adopter que des décisions non contraignantes (essentiellement des guides de bonne conduite) par consensus de l'ensemble de ses membres⁷⁸⁴.

Le « troisième paquet énergie » propose la création d'une nouvelle structure aux pouvoirs renforcés : l'Agence européenne de coopération des régulateurs de l'énergie (l'ACER).

Considérant que la création d'une nouvelle agence constitue la forme la plus appropriée pour organiser la coordination entre régulateurs énergétiques, le Règlement n° 713/2009⁷⁸⁵ institue une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie chargée de fournir aux régulateurs un cadre de coopération, notamment sur les questions transfrontalières, et qui se substitue à l'ERGEG. L'Agence a pour

⁷⁸² Le Forum de Florence a été créé par la Commission européenne afin de favoriser la formation d'un vrai marché intérieur de l'électricité. Les participants sont les régulateurs nationaux, les États membres, la Commission européenne, les gestionnaires de réseau, les distributeurs d'électricité, les consommateurs, les utilisateurs du réseau et les bourses d'échange d'électricité.

Le Forum se réunit une ou deux fois par an à Florence. La première rencontre a été organisée en 1998.

Le Forum se consacre principalement aux questions transfrontalières, à la transparence, à la disponibilité des capacités, à l'échange d'informations et à la répartition des capacités limitées d'interconnexion.

⁷⁸³ Le Forum de Madrid a été créé par la Commission européenne afin de favoriser la formation d'un véritable marché intérieur du gaz naturel. Les participants sont les régulateurs nationaux, les États membres, la Commission européenne, les gestionnaires de réseau, les distributeurs de gaz naturel, les consommateurs, les utilisateurs du réseau et les bourses d'échange de gaz naturel.

Le Forum – avec la Fundación de Estudios de Regulación – se réunit une ou deux fois par an à Madrid. La première rencontre a été organisée en 1999.

Le Forum se consacre principalement aux questions transfrontalières, à la transparence, à la disponibilité des capacités, à l'échange d'informations et à la répartition des capacités limitées d'interconnexion, à la tarification et à la suppression des obstacles commerciaux et techniques à la formation d'un marché intérieur du gaz naturel totalement opérationnel.

⁷⁸⁴ La proposition de la Commission au Conseil de l'Union européenne DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité [COM (2007) 528 final] disponible sur <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st13/st13043.fr07.pdf> p.10-11

mission d'assister et de guider les régulateurs dans leur mission d'application des directives⁷⁸⁶. Cette expertise est rendue possible par la remontée d'information obligatoire des autorités nationales vers ses services. L'Agence peut en outre informer la Commission européenne des manquements qu'elle constate dans sa mission de surveillance. En ce qui concerne la coopération transfrontalière, elle arrête le régime réglementaire d'une interconnexion à la demande des deux autorités de régulation concernées ou en cas de désaccord entre ces dernières.

L'Agence est plus particulièrement chargée de la surveillance réglementaire de la coopération entre gestionnaires de réseaux, notamment des deux Réseaux européens de coopérations des GRT (électricité et gaz) créés par les deux autres propositions de règlements. Elle est ainsi impliquée dans la définition des priorités à travers le programme de travail de ces deux organismes, dans l'examen de leur plan d'investissement décennal ou des bilans d'adéquation offre/demande et dans la préparation des codes techniques et commerciaux. Elle peut en particulier demander à la Commission de rendre ces codes juridiquement contraignants dans le cas où leur application par les GRT s'avérerait insuffisante ou inadaptée⁷⁸⁷.

Enfin, l'Agence dispose d'un rôle consultatif général à l'égard de la Commission pour la régulation des marchés, et peut publier des orientations non contraignantes pour diffuser les bonnes pratiques parmi les régulateurs. Elle a aussi la possibilité d'examiner toute décision d'une autorité de régulation nationale ayant des effets directs sur le marché intérieur et peut émettre un avis sur celle-ci à l'intention de la Commission⁷⁸⁸.

S'agissant de la gouvernance, l'Agence est composée :

- d'un conseil d'administration de neuf membres, dont la moitié est désignée par le Conseil européen, et l'autre par la Commission, pour une durée de quatre ans

⁷⁸⁵ Règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) *JO L 211 du 14.8.2009, p. 1-14*

⁷⁸⁶ Considérant 6 du Règlement (CE) n° 713/2009

⁷⁸⁷ Article 6 du Règlement (CE) n° 713/2009

⁷⁸⁸ Article 7 à 10 du Règlement (CE) n° 713/2009

renouvelable une fois. Ses décisions sont adoptées sur la base d'une majorité de deux tiers. Ce conseil adopte le programme annuel du travail de l'Agence ⁷⁸⁹;

- d'un directeur, nommé pour cinq ans par le conseil d'administration parmi une liste d'au moins trois candidats établie par la Commission. Le directeur représente l'Agence et est indépendant de tout organisme ou Etat membre ⁷⁹⁰;

- d'un conseil des régulateurs, composé d'un représentant de l'autorité nationale de régulation de chaque Etat membre et d'un représentant de la Commission. Le conseil des régulateurs prend ses décisions à la majorité des deux tiers également, le représentant de la Commission ne prenant cependant pas part au vote. Le conseil des régulateurs émet tous les avis ou recommandations, et prend toutes les décisions ayant trait aux pouvoirs opérationnels de l'Agence ⁷⁹¹;

- d'une commission de recours, indépendante des deux précédents organes, composée de six membres proposés par la Commission pour leur expérience du secteur de l'énergie et nommés par le conseil d'administration pour un mandat, renouvelable, d'une durée de cinq ans. Les membres de la commission ne peuvent pas exercer d'autres fonctions au sein du conseil d'administration ou du conseil des régulateurs de l'Agence. La commission peut être saisie par toute personne contestant une décision de l'Agence, qui concernerait cette personne directement et individuellement ⁷⁹².

SECTION 3

Régulateurs et autorités de la concurrence – question d'inter-régulation

Afin que la coopération entre les régulateurs et les autorités de la concurrence soit réalisable, le partage des tâches des différentes autorités doit être clair. BERGMAN et al. concluent que dans les secteurs où les règles générales de

⁷⁸⁹ Article 12 du Règlement (CE) n° 713/2009

⁷⁹⁰ Article 16 du Règlement (CE) n° 713/2009

⁷⁹¹ Article 14 du Règlement (CE) n° 713/2009

⁷⁹² Article 18 du Règlement (CE) n° 713/2009

concurrence sont suffisantes pour garantir un résultat efficient, les régulateurs sont critiquables et peuvent, à terme, disparaître⁷⁹³. En même temps une autre étude, effectuée en 2002 et portant sur les liens entre ces autorités dans les secteurs de réseaux, démontre qu'elles ont des rôles complémentaires⁷⁹⁴.

La différence fondamentale entre régulateur et autorité de la concurrence est leur domaine de compétence sectorielle. Que se passe-t-il quand les deux autorités contrôlent en parallèle un secteur ? Sont-elles des alliées cherchant des solutions efficaces les plus à même de promouvoir l'efficacité économique ou leurs actions non concertées conduisent à des solutions socialement inefficaces ?, Le rapport de l'OCDE rappelle que si, dans le secteur électrique, la protection de la concurrence et la réglementation en matière d'accès sont exercées par des organismes différents, il est impératif qu'ils coopèrent et se coordonnent. Dans le cas contraire, des mesures incohérentes pourraient être prises⁷⁹⁵.

Le cas de la France est particulièrement illustratif quand on parle des liens entre les autorités de régulation et l'Autorité de la concurrence. Rappelons qu'en France, le rôle de l'Autorité de la concurrence est double. D'une part, elle a une compétence répressive. Elle est chargée de la répression des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle des concentrations. D'autre part, l'Autorité a une compétence consultative. C'est une autorité de référence en matière de politique de concurrence rendant des avis sur des questions d'ordre général. Ces avis peuvent être demandés par le gouvernement mais aussi par un grand nombre d'institutions ou d'entreprises⁷⁹⁶. L'Autorité a été souvent questionnée sur l'ouverture des marchés à la concurrence. Ces coopérations fréquentes entre l'autorité de la concurrence et les régulateurs sont l'indice de relations complémentaires entre ces différentes autorités. Cette coopération conduit à une politique sectorielle et concurrentielle cohérente.

⁷⁹³ L.BERGMAN, Ch.DOYLE, J.GUAL, L. HULTKRANTZ, D. NEVEN, L - H.RÖLLER, L. WAVERMAN, « Europe's Network Industries: Conflicting Priorities », CEPR London and SNS Stockholm.1998, p.115

⁷⁹⁴ M.BERGMAN, « Competition law, competition policy, and deregulation », Swedish Economic Policy Review n°9, 2002, p.125-126.

⁷⁹⁵ OCDE, « Relationship between regulators and competition authorities », Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, DAF/CLP (99) 8. disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf> p.68

⁷⁹⁶ Article L462-1 du Code de commerce

Les relations entre l'Autorité et le régulateur énergétique sont un exemple de coopération réussie. En ce qui concerne l'ouverture du marché énergétique, l'Autorité a rendu entre 2000 et 2003 quinze avis traitant entre autres de la séparation comptable entre producteurs, transporteurs, distributeurs et fournisseurs et de problèmes de tarification. L'analyse des prérogatives de la CRE permet d'expliquer cette bonne entente. La CRE a été créée en 2000 suite à la loi n°2000-108 du 10 février 2000 transposant la directive européenne sur l'électricité. La CRE est consultée sur les sujets déterminant de l'ouverture du marché de l'électricité et du gaz tels que la fixation des tarifs d'utilisation des réseaux, sur les tarifs de vente aux clients non éligibles, sur les tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés et les tarifs de secours, sur les projets de règlements relatifs à l'accès aux réseaux et à leur utilisation. Toutes ces missions sont détaillées dans les articles 4 et 31 de la loi.

Cette liste, précisant les missions de la CRE, ne supprime pas tous les risques de contradictions entre ses décisions et les décisions de l'Autorité. Un refus d'accès aux réseaux constitue un litige entre opérateurs électriques, et relève du ressort de la CRE, mais il représente aussi une pratique anticoncurrentielle qui appartient au ressort de l'Autorité. De même, la CRE peut sanctionner certains comportements irréguliers d'opérateurs tels que le non-respect du cahier des charges. Ce non-respect, par exemple dans les cas où l'opérateur pratique des subventions croisées entre ses clients non-éligibles et donc captifs et ses clients éligibles, susceptibles d'être attirés par un concurrent, peut constituer aussi un abus de position dominante⁷⁹⁷. Dans ces cas, la dualité de la saisie ne peut pas conduire à des analyses divergentes du marché pertinent ou de la position des opérateurs sur le marché.

Pour prévenir de telles situations, la loi a prévu d'instaurer une coopération entre les deux autorités. Le président de la CRE a notamment la possibilité de saisir l'Autorité concernant les problèmes d'abus de position dominante et les pratiques entravant la concurrence dans le secteur de l'électricité et du gaz⁷⁹⁸. Cette saisine

⁷⁹⁷ Article 38 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

⁷⁹⁸ Article 39 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence. Réciproquement, l'Autorité communique à la CRE tous les cas dont elle a connaissance qui entrent dans son domaine de compétence⁷⁹⁹. Ces dispositions de la loi sont sans effet si elles ne sont pas mises en pratique par les autorités. Concernant ce secteur, cette coopération entre l'Autorité et la CRE a été mise en évidence dans un avis rendu par l'Autorité relatif à la séparation comptable entre activités de production, transport et distribution d'électricité⁸⁰⁰. La CRE doit, d'après la loi, approuver après avis de l'Autorité un certain nombre de règles comptables. Elle a choisi de saisir l'Autorité sur ce point. Elle s'est ensuite largement inspirée de son avis précédemment cité pour, d'une part, refuser les propositions des opérateurs et, d'autre part, définir les principes devant inspirer les opérateurs pour la mise en œuvre de la séparation comptable.

Cette bonne entente entre l'Autorité de la concurrence et la CRE a été rendue possible car, dans ces cas, plusieurs conditions nécessaires ont été remplies. Premièrement, la loi donne le même statut d'autorité administrative indépendante au Conseil de la concurrence et au régulateur. Cela leur permet d'agir sur un pied d'égalité. Deuxièmement, la loi a défini d'une manière précise les compétences des régulateurs. Tout ce qui n'est pas cité comme étant du ressort de ceux-ci, est de la compétence de l'Autorité de la concurrence. Cette disposition limite les débats sur les compétences. Dernier point, les décisions de la CRE, tout comme les décisions de l'Autorité de la concurrence, peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'Appel⁸⁰¹ de Paris. Cette juridiction d'appel commune a un rôle unificateur.

SECTION 4

Une politique de concurrence au service d'une politique industrielle

On a bien insisté sur le fait que les missions des autorités de la concurrence diffèrent des tâches des régulateurs sectoriels. D'après la lecture des textes officiels, la Commission européenne doit rester cantonnée à l'application stricte de

⁷⁹⁹ Ibid. préposition 2

⁸⁰⁰ Conseil de la concurrence, Avis n°00-A-29 du 30 novembre 2000

⁸⁰¹ Article 38, paragraphe 2, préposition 4 du Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

la politique de concurrence et à l'application des directives⁸⁰². Il est vrai que dans le domaine des ententes et des abus de position dominante sa marge de manœuvre est étroite. Par contre sa liberté est plus grande dans le contrôle des concentrations où le pouvoir discrétionnaire des équipes en charge de l'évaluation des opérations concentratives est renforcé dans les secteurs en voie de libéralisation.

Quand les régulateurs rencontrent des difficultés pour favoriser l'ouverture des marchés, le concours des agences de concurrence peut leur être utile. Par exemple, les outils structurels peuvent leur être refusés pour des raisons politiques. Ainsi, en France, la CRE n'a pas les moyens de démanteler EDF. Or, les expériences de libéralisation énergétique dans le monde ont permis d'aboutir à un consensus en matière de mesures nécessaires pour ouvrir le secteur. Il faut introduire la concurrence sur le marché de gros et de la fourniture, réguler le transport et la distribution et établir un régulateur indépendant⁸⁰³. Une dernière mesure préconisée par la littérature est la privatisation au moins partielle d'anciens opérateurs publics afin de permettre l'entrée de nouveaux acteurs privés et nécessite donc que les autorités puissent imposer des mesures structurelles⁸⁰⁴. Les autorités de la concurrence peuvent intervenir dans l'ouverture des marchés dans le cadre habituel de leurs missions. Elles peuvent, en effet, agir sur la structure industrielle du secteur, étant bien armées en matière de combat contre l'exercice du pouvoir de marché⁸⁰⁵. Dans des secteurs très concentrés où les entreprises ont été longtemps protégées par un monopole d'Etat, elles ne sont entrées dans le jeu concurrentiel que depuis peu. Un pouvoir de marché, s'il n'est pas contrôlé,

⁸⁰² Commission européenne, Deuxième rapport d'étalonnage sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité, SEC(2003) 448, 7.4.2003 ; Rapport annuel sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité COM(2004) 863 final, 05.01.2004 ; Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2005) 568 final, 15.11.2005 ; Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2006) 841 final, 10.01.2007 ; Communication de la Commission du 11 mars 2009 au Conseil et au Parlement européen intitulée « Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité » [COM(2009) 115 final, – Non publié au Journal officiel]. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0115:FR:NOT>

⁸⁰³ O.EIKELAND, « The Long and Winding Road to the Internal Energy Market » *FNI Report* 8/2004, disponible sur <http://www.fni.no/doc&pdf/FNI-R0804.pdf>, p.1-2

⁸⁰⁴ J.DOUCET, « La restructuration des marchés de l'électricité : un portrait de la situation mondial » *working paper*, Université LAVAL, 1998 disponible sur http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3398-98/green/green_synthese.pdf, p.5

⁸⁰⁵ A. WINCKLER, « Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne... » *op.cit.* p.352

diminue les bénéfices de la libéralisation⁸⁰⁶. Dans certains cas, les autorités de concurrence contribuent au processus de libéralisation en outrepassant leur objectif officiel. Des exemples de ce type de comportement feront l'objet du chapitre suivant. Les autorités de la concurrence ne se limitent pas à maintenir le statu quo suite à une concentration, mais utilisent des mesures correctives pour favoriser la concurrence. Elles peuvent modifier via ces mesures la structure industrielle par des démantèlements horizontaux ou verticaux des entreprises dominantes sur place. Le comportement des autorités de la concurrence est proche d'un comportement de régulateur et les enjeux poursuivis sont identiques.

Des exemples pris dans le secteur des télécommunications illustrent le rôle de régulateur que jouent parfois les autorités de concurrence lors des contrôles des concentrations. D'après Gerardin et Sidak, l'autorisation sous condition de certaines opérations dans ce secteur a souvent été utilisée pour atteindre des objectifs de régulation ou les mettre en place plus rapidement⁸⁰⁷. Par exemple, dans le cas Atlas⁸⁰⁸, une joint-venture entre France Telecom et Deutsche Telekom, la Commission a accordé une exemption de 5 ans qui implique que la France et l'Allemagne libéralisent des infrastructures alternatives. Cette obligation n'était pas encore imposée aux télécommunications par la législation communautaire. De même, la Commission a autorisé la fusion entre Telia et Telenor⁸⁰⁹ après que les gouvernements suédois et norvégiens se sont engagés à introduire une séparation de la boucle locale dans leur pays, et cela plus d'un an avant la réglementation européenne 2887/2000⁸¹⁰ imposant la séparation de la boucle locale dans les 15 Etats Membres. Ces cas montrent les liens entre les gouvernements nationaux et les industries de réseaux. Les Etats Membres sont prêts à anticiper des exigences futures de la Commission européenne pour aider le champion national de l'industrie à obtenir une autorisation de l'opération. Dans le chapitre suivant on

⁸⁰⁶ Commission européenne, Communication de la Commission du 11 mars 2009 au Conseil et au Parlement européen intitulée « Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité » [COM(2009) 115 final – Non publié au Journal officiel]. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0115:FR:NOT> p.7

⁸⁰⁷ D.GERARDIN, G. SIDAK, G. *op.cit.* p.19-20

⁸⁰⁸ Case no. 35.337, Atlas (1996) O.J. 1996, L 239/23. in GERARDIN, D., SIDAK, G.. *op.cit.* p.18

⁸⁰⁹ Décision de la Com du 19.10.1999, aff. n° COMP/M.1439 *Telia/Telenor*

⁸¹⁰ REGLEMENT (CE) No 2887/2000 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JO L 336, 30.12.2000

s'attachera à mener plusieurs études de cas démontrant que, parfois, dans le secteur électrique, les autorités de la concurrence ont joué aussi un rôle de régulateur.

TITRE II

L'UTILISATION DES RÉGLES DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE

Selon la doctrine juridique les concentrations ont la caractéristique d'un procès qui provoque des conséquences fortement négatives sur le marché intérieur de l'énergie et plus concrètement sur le plan concurrentiel⁸¹¹. Cette thèse est illustrée par les fusions entre des opérateurs traditionnels qui donnent naissance à des champions nationaux plutôt qu'à des acteurs européens.

Une telle appréciation montre que les concentrations sont un phénomène qui doit être placé sous surveillance pour éviter que ces opérations ne contreviennent pas aux objectifs prescrits par le droit communautaire. Dans ce titre on va essayer d'apprécier dans quelle mesure ce contrôle peut être utilisé comme un outil d'amélioration et d'accélération du fonctionnement du marché intérieur de l'énergie.

Dans ce sens la dernière décennie apparaît cruciale pour la Commission européenne. En effet, en 2001, l'interdiction de cinq opérations de concentration, un chiffre record en Europe, a déclenché une vague de reproches portant sur la politique de sévérité de la Commission. Cette sévérité nuit à l'économie européenne en bloquant des concentrations pouvant améliorer l'efficacité des firmes. En 2002 le Tribunal européen de Première Instance a imposé un veto sur trois décisions d'interdiction de fusions⁸¹². Ces décisions ont conforté les critiques formulées contre la Commission et ont fourni des arguments pour la réforme effectuée au cours de l'année suivante. On va présenter, dans un premier chapitre, le système de contrôle et les transformations les plus significatives. Ensuite on va

⁸¹¹ Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence : Recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz* », II Tomes, Marseille, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003, 555 et s.p.

⁸¹² TPI, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Société Airtours c/ Commission*, Rec 2002, p.II- 2585 ; TPI, 22 octobre 2002, aff. 310/01 et 77/02, *Société Scheider Electric c/ Commission*, Rec 2002. p.II- 4071 ; TPI, 25 octobre 2002, aff. 5/02 et 80/02, *Société Tetra Laval c/ Commission*, Rec 2002. p.II- 4381

se focaliser sur l'utilisation des mesures correctives et leur rôle dans l'amélioration du marché intérieur de l'énergie.

CHAPITRE VII

La tentative d'amélioration du fonctionnement du marché intérieur de l'énergie par la Commission : protection de la concurrence

En 2007 la Commission a publié son rapport final sur l'enquête sectorielle lancée sur les marchés du gaz et de l'électricité⁸¹³. La forte concentration des marchés est identifiée comme l'une des défaillances essentielles qu'il convient de solutionner afin que la concurrence fonctionne et que la « *libéralisation puisse porter ses fruits* »⁸¹⁴. La Commission a indiqué aussi qu'« *une intervention de la Communauté en vertu du règlement sur les concentrations [est] cruciale* »⁸¹⁵ en vue de la protection de la concurrence.

Il est nécessaire de noter que l'appréciation des concentrations a connu une évolution significative après l'entrée en vigueur du nouveau règlement communautaire. L'un des principaux changements réside dans le fait que ce contrôle repose désormais sur un bilan concurrentiel de l'opération.

SECTION 1

L'appréciation du bilan concurrentiel des concentrations

M.BERLIN⁸¹⁶ remarque à juste titre que, dans son appréciation du bilan concurrentiel des concentrations qu'elle exerce en vertu du Règlement 139/2004, la Commission dispose de deux bases juridiques qui correspondent à deux groupes de situations. La première base est évidemment l'article 2, paragraphe 3 du Règlement, alors que la seconde est l'article 2, paragraphe 4, qui renvoie à l'article 81 TCE (nouvel article 101 TFUE).

⁸¹³ Commission européenne, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:FR:PDF>

⁸¹⁴ *Ibid*, point 4

⁸¹⁵ *Ibid*, point 42

⁸¹⁶ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, in Commentaire J.Megret, 3^e édition, Edition de L'Université de Bruxelles, 2009, p.431,

§1. Le contrôle opéré sur la base de l'article 2 paragraphe 3

L'article 2 du Règlement n° 139/2004 dispose que la Commission apprécie les opérations de concentration visées par ledit règlement en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun. À cet effet la Commission doit déterminer, en vertu de l'article 2, paragraphes 2 et 3, si une opération de concentration « entraverait de manière significative la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci ». La Commission donne une interprétation de ce paragraphe dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales⁸¹⁷ en insistant non seulement sur la compatibilité de sa pratique mais aussi sur la conservation de l'approche fondée sur la position dominante⁸¹⁸.

En se fondant sur cette interprétation on peut faire une distinction entre la dominance individuelle et la dominance collective.

§§ 1. L'évaluation de la dominance individuelle

Dans sa substitutivité le concept de position dominante a été défini par la Cour dans son arrêt *United Brands*⁸¹⁹. Selon l'expression de la Cour il s'agit d' « une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une

⁸¹⁷ Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel* n° C 031 du 05/02/2004 p. 0005 - 0018

⁸¹⁸ « Les cas où il y a eu lieu de conclure le plus fréquemment qu'une opération de concentration aurait pour effet d'entraver de manière significative la concurrence effective ont été ceux où l'opération entraînait la création ou le renforcement d'une position dominante d'une seule entreprise. La notion de position dominante a en outre été appliquée dans un contexte oligopolistique aux cas de position dominante collective. C'est pourquoi, selon toute vraisemblance, la plupart des cas d'incompatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun continueront à être fondés sur la conclusion que l'opération crée ou renforce une position dominante. Cette notion apporte donc une indication importante sur le degré d'atteinte à la concurrence qui est applicable pour déterminer si une opération de concentration est susceptible d'entraver de manière significative la concurrence effective et, partant, s'il y a lieu d'intervenir. À cet égard, la présente communication a vocation à préserver les orientations qui peuvent être tirées de la pratique décisionnelle antérieure et à tenir pleinement compte de la jurisprudence antérieure du juge communautaire. » Ibid. par.4

⁸¹⁹ CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76 *United Brands Company et United Brands Continental B.V. c./ Commission*, Rec. 1978-1, p.207

mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs»⁸²⁰. En d'autres termes les entreprises en situation de dominance seront celles qui pourront se comporter librement sur le marché - c'est-à-dire avoir le pouvoir de définir leur propre stratégie commerciale indépendamment des concurrents, des clients ou des fournisseurs.

En suivant l'argumentation de la Cour, l'analyse du comportement d'une entreprise en position dominante doit tenir compte du fait que

*« la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée (...) – sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner- (...) dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire (...) et qui, déjà de ce fait, lui assure, (...) l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante »*⁸²¹.

Il ressort de cette citation que la première étape de l'appréciation de la dominance sera la définition du marché en cause, en termes de produits et d'espace. La dominance sur ce marché dépendra ensuite de la structure du produit, en ce qui concerne la production, l'offre et la demande.

Mais contrairement à l'analyse rétrospective de la position dominante dans le cadre de l'article 82 TCE (nouvel article 102 TFUE), l'analyse dans le cadre du contrôle des concentrations est prospective.

On va donc identifier les avantages concurrentiels que la concentration apporterait aux parties, et puis les comparer aux contraintes concurrentielles qui pèseraient sur elles (telle l'existence d'une concurrence potentielle ou le pouvoir

⁸²⁰ Ibid. para. 65

⁸²¹ CJCE 13 février 1979, aff. 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG c./ Commission*, Rec. 1979-1, p.461, para 41 et CJCE 9 novembre 1983, aff. 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c./ Commission*, Rec. 1983-10, p.3461, para.30

de négociation des acheteurs qui dépend de l'existence de contrats de fourniture à long terme)⁸²².

L'avantage concurrentiel dans les concentrations horizontales réside dans une acquisition de parts de marché qui correspond à l'addition de leur part de marché. Dans ce cas il faut voir si cette part de marché est significative et apprécier les avantages qu'elle procurerait par rapport aux concurrents.

Dans le secteur énergétique, les concentrations permettant de pénétrer un nouveau marché géographique (surtout s'il est fortement concentré) sont regardées comme procompétitives⁸²³, à la différence des concentrations entre monopoles historiques devenus concurrents directs suite à la libéralisation. Selon la pratique constante de la Commission ces dernières créent en effet un risque de renforcement de position dominante sur le marché de base⁸²⁴.

Dans cette ligne d'argumentation, il paraît intéressant de mentionner la décision de la Commission concernant le rachat par Sydkraft des parts détenues par EDF dans Graninge⁸²⁵. Bien que l'opération ait été autorisée sans engagement, la Commission a porté une attention particulière aux effets potentiels de la concentration sur le marché de gros dans les pays nordiques. Pour cela, elle a d'abord analysé les effets unilatéraux qui pourraient résulter de l'opération. La Commission a considéré que, dans le secteur électrique, un pouvoir de marché était susceptible d'exister avec un niveau de concentration relativement inférieur à celui d'autres secteurs. Elle a ensuite prolongé son analyse sur le terrain de la position dominante pour vérifier, à la base des critères posés par l'arrêt *Airtours*⁸²⁶ que l'opération ne conduirait pas à une position dominante collective fondée sur la coordination tacite entre les membres de l'oligopole. Même si en l'espèce les caractéristiques du marché pouvaient s'avérer propices à la collusion tacite, la

⁸²² D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis In the EC Competition Rules*, 3rd edition, TheHague: Kluwer Law International, 2009 p.57

⁸²³ Décision de la Com. du 19 juillet 1999, aff. n° M.1606 *EDF/South Western Electricity*,

⁸²⁴ Les concentrations horizontales peuvent soulever deux problèmes : les effets unilatéraux et de coordination, A.SCHAUB, « Competition Policy and Liberalisation of Energy Markets », *European Utilities Circle*, 2000, 23 novembre 2000, Bruxelles, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000_023_en.pdf p.11 et D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, op.cit. p.437

⁸²⁵ Décision de la Com. du 25 mai 1998, aff. n° M.1169, *EDF/ GRANINGE*

⁸²⁶ TPI, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Société Airtours c/ Commission*, Rec 2002, p.II- 2585

Commission est finalement parvenue à la conclusion que la concentration n'affectait pas le risque de coordination.

En se fondant sur la même pratique de la Commission, on pourrait constater que pour qu'une concentration horizontale soit autorisée, les parties vont devoir démontrer que l'opération n'entrave pas l'accès au marché de fourniture, ce qui dépendra du degré d'ouverture du marché et des possibilités effectives d'accès au réseau de transmission (cette question étant liée à l'indépendance économique des gestionnaires de réseaux).

Concernant les cas des concentrations verticales, il s'agit de l'accès privilégié aux matières premières sur le marché amont et du fait que l'intégration verticale des fonctions de production et de fourniture peut constituer une barrière à l'entrée si le marché n'est pas encore totalement ouvert.

Dans le secteur de l'énergie il s'agit des concentrations entre un producteur et un distributeur ou entre deux producteurs dont l'un produit un composant et l'autre un produit fini nécessitant ce composant⁸²⁷.

En analysant la pratique décisionnelle de la Commission on constate que ce type de concentrations peut poser problème soit en facilitant la collusion, soit en cloisonnant le marché (en permettant à la nouvelle entité de restreindre l'accès aux débouchés ou aux fournisseurs).

On peut citer en exemple les affaires NESTE/IVO⁸²⁸ et EDP/ENI/GDP⁸²⁹.

En avril 1998, Neste et Ivo notifient à la Commission européenne leur projet de concentration. Leur fusion a pour effet de former entreprise unique, Neste-Ivo, contrôlée par le gouvernement finlandais. Neste, grâce à sa filiale Gasum, détient une position de monopole sur le marché finlandais du gaz. Ivo est un opérateur électrique. L'intégration verticale gaz / électricité entraîne, d'après les conclusions de la Commission, un renforcement de la position dominante d'Ivo dans le marché de gros et de la production d'électricité. Neste-Ivo peuvent en effet

⁸²⁷ N.LEVY, « The Control of Concentrations between undertakings » in V. KORAH, *Competition Law of the European Community*, Second Edition, Lexis Nexis, San Fransisco, 2001, p. 5

⁸²⁸ Décision de la Com. du 02.06.1998, Cas n° IV/M.931 NESTE/ IVO

⁸²⁹ Décision de la Com. du 09.12.2004, Cas n° COMP/ M.3440 ENI/EDP/GDP

exploiter leur pouvoir de monopole sur le secteur gazier dans le secteur électrique. En rendant l'accès à la fourniture en gaz plus difficile pour leurs concurrents, Neste et Ivo accroissent en effet leur position dominante sur ces marchés électriques. La fusion a été acceptée à condition que Neste cède 50% de ses parts dans Gasum pour lui permettre de rester indépendant

Concernant les effets de la fusion EDP/ENI/GDP sur le marché énergétique et plus concrètement celui de l'électricité, on doit noter d'abord que deux sous-marchés de produits sont concernés : le marché de gros et le marché de détail. Sur le marché de gros de l'électricité, la fusion a induit des effets horizontaux. Détenir des ressources en gaz confère un avantage sur ce marché, les nouvelles constructions de centrales électriques étant essentiellement de type CCGT (production d'électricité à partir du gaz). En même temps la fusion a eu des effets verticaux liés à l'intégration verticale entre EDP et GDP. L'alliance du gazier et de l'électricien ont permis à EDP d'avoir un accès immédiat à des informations cruciales et privées concernant la fourniture de gaz. Etant donné la volatilité de la production des centrales CCGT, EDP a pu augmenter ses tarifs aux moments critiques. Enfin, EDP a été incité à rendre plus difficile l'accès aux ressources gazières à ses concurrents. Sur le marché de détail, la fusion a aussi des répercussions sur la concurrence et renforce la position dominante d'EDP. En premier lieu, GDP était un entrant potentiel crédible. De plus, à court terme, après le rapprochement envisagé, EDP a été le seul à pouvoir proposer une offre de dual fuel à ses clients. En l'absence de fusion, plusieurs opérateurs pourraient s'allier avec le gazier pour proposer de telles offres. Le consommateur bénéficie ainsi d'un plus grand choix et la concurrence devrait maintenir les prix au-dessous des prix de monopole.

§§ 2. Evaluation de la dominance collective

Avant sa décision Airtours, la Commission considérait que la collusion tacite sous-tendait le concept de dominance collective. Dans son appréciation

multifactorielle, la liste de critères⁸³⁰ qu'elle appliquait servait à apprécier l'existence de collusion tacite et donc d'une position dominante collective.

Cette approche a été avalisée par le TPI dans l'affaire *Gencor/Lonrho*⁸³¹. Selon la décision de la Cour, la dominance collective couvre les cas où il n'y a pas de liens structurels entre les parties, mais il y a au moins des liens économiques. Plusieurs entreprises adoptent sur un même marché un même comportement en raison de facteurs de corrélation existant entre elles, ce qui entrave la concurrence de manière significative. Il faut en outre que cette coordination de comportement soit crédible, c'est-à-dire qu'il y ait de l'intérêt à coordonner, même s'il existe une possibilité de surveillance et une menace réelle d'une sanction dissuasive.

La Commission a néanmoins revu sa position dans sa décision *Airtours*. Elle a considéré qu'il suffisait que les entreprises oligopolistiques puissent agir indépendamment sur le marché de manière à réduire la concurrence.

Pour ce qui concerne le secteur énergétique, la Commission a détecté une situation de position dominante collective dans l'affaire *VEBA/VIAG*⁸³². Ce cas est l'exemple type de concentration entre entreprises électriques devenues concurrentes suite à la libéralisation, ce qui fait naître le risque d'un renforcement de position dominante sur le marché de base.

Dans son analyse sur les effets de la concentration la Commission parvient à la conclusion que le projet de fusion notifié créerait une position dominante conjointe des deux principaux fournisseurs que sont *VEBA/VIAG* et *RWE* sur le marché allemand de la vente d'électricité du niveau interconnecté⁸³³. Le marché présente de nombreuses caractéristiques qui, en cas de renforcement de la concentration du marché par la concentration de *VEBA* et *VIAG*, sont de nature à aboutir à un comportement parallèle intentionnel de *VEBA/VIAG* et de *RWE* et donc à une domination collective du marché. Cette opération de concentration

⁸³⁰ Selon sa pratique antérieure pour établir l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit apprécier le niveau de concentration du marché, sa transparence, l'homogénéité du produit, la croissance du marché, les barrières à l'entrée et enfin l'existence de liens structurels ou d'une puissance d'achat compensatrice.

⁸³¹ TPI, 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor c./ Commission*, Rec.1999 II, p.753, §27

⁸³² Décision de la Com. du 13.06.2000, Cas n°COMP/M.1673 *VEBA / VIAG*

⁸³³ *Ibid.* para. 47

aboutit à la formation de deux blocs fortement intégrés verticalement qui disposent, à tous points de vue, d'une avance considérable sur les concurrents présents sur le marché.

Dans sa recherche la Commission a défini un certain nombre de facteurs qui selon elle favorisent un comportement parallèle oligopolistique : le caractère homogène de l'électricité⁸³⁴, la transparence du marché, la similarité des structures de coût et des infrastructures techniques⁸³⁵, la perspective d'une faible augmentation de la demande⁸³⁶, une relative inélasticité des prix⁸³⁷, le fait que le duopole n'aurait pas rencontré de concurrents potentiels indépendants⁸³⁸, la très importante part de marché dont le duopole aurait joui, la présence de barrières à l'entrée significatives (vu le prix de construction de nouvelles capacités ou d'importation), et le fait que les importations n'auraient pas contrebalancé ces éléments⁸³⁹.

Quand à la question de savoir si le marché était déjà ouvert à la concurrence, elle a estimé que le fait que le prix de l'électricité sur le marché allemand a baissé depuis la libéralisation pouvait indiquer que le marché est effectivement soumis à une concurrence par les prix.

Cependant, certains éléments économiques tendent à indiquer que ce n'est pas nécessairement le cas.

En effet, sur un marché concentré, et spécialement lorsque les concurrents ont des structures de coût et des parts de marché similaires (ce qui rend le marché transparent), leur premier intérêt à se faire concurrence par les prix est rapidement rattrapé par l'intérêt inverse : baisser les prix pour attirer les consommateurs signifie aussi une diminution de ses propres profits, alors que le fait d'éviter toute concurrence par les prix permet à chacun des opérateurs de maintenir les prix à un niveau élevé.

⁸³⁴ Ibid. para 71

⁸³⁵ Ibid. para 75

⁸³⁶ Ibid. para 81

⁸³⁷ Ibid. para.83

⁸³⁸ Ibid. para.91

⁸³⁹ Ibid. para.110 et s.

Ainsi, le fait que les prix ont effectivement baissé suite à une ouverture du marché peut correspondre à une première phase de la libéralisation au cours de laquelle les opérateurs se sont simplement positionnés sur le marché.

La deuxième phase pourrait correspondre à une stabilisation à la hausse de ces mêmes prix, ce qui n'est ni l'intérêt du consommateur ni le but du processus de libéralisation entamé.

La Commission a considéré d'une part que cette baisse des prix a eu lieu avant l'opération de concentration projetée et, d'autre part, que l'opération notifiée aurait considérablement réduit l'intérêt des acteurs à se livrer à une concurrence par les prix.

Comme dans la décision EDF/EnBW⁸⁴⁰, la Commission a adopté une approche dynamique et a fini par approuver l'opération moyennant l'engagement des parties. Une illustration de cette approche dynamique ressort de sa définition nationale (et non régionale) du marché par la prise en considération de l'état effectif de la libéralisation du marché de fourniture et la possibilité d'entrée de nouveaux concurrents. Il semble qu'elle privilégie une telle approche dans ce type de secteur en voie de libéralisation pour permettre à de nouvelles entités de se constituer⁸⁴¹.

**§ 2. Le contrôle opéré sur la base de l'article 2
paragraphe 4 : la question de la coordination du
comportement concurrentiel**

Selon l'article 2 paragraphe 4 du Règlement n°139/2004, le risque de coordination du comportement concurrentiel d'entreprises restées indépendantes est apprécié selon les critères de l'article 101 TFUE (ex-article 81 TCE). Si on se fonde sur l'article précité, il ressort que pour s'opposer à la création d'une entreprise commune de plein exercice, la Commission va opérer deux tests : d'abord examiner le lien de causalité entre la création de l'entreprise commune et

⁸⁴⁰ Décision de la Com. du 07.02.2000, Cas n° COMP/M.1853 EDF/EnBW

⁸⁴¹ M.ALBERS, « Energy Liberalisation and EC Competition Law », *Fordham 28th Annual Conference of Antitrust Law and Policy*, 26 October 2001, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_028_en.pdf p.8

le risque de coordination, ensuite juger la vraisemblance du caractère appréciable des effets de coordination.

La Commission doit donc apprécier si la coordination est la conséquence directe de la création de l'entreprise commune, et voir si celle-ci laisse aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence dans une partie substantielle du marché de produit en cause.

§§ 1. Le lien de causalité

En parlant du lien de causalité dans le secteur de l'énergie on peut constater que la Commission a relevé dans ses décisions que s'il n'était pas prouvé que l'entreprise commune de plein exercice ait pour objet la coordination du comportement concurrentiel des sociétés-mères sur le marché propice à une telle coordination, elle pourrait néanmoins avoir cet effet.

On pourrait citer en guise d'exemple la décision *TXU EUROPE / EDF-LONDON INVESTMENTS*⁸⁴². Dans cette décision la Commission a limité son appréciation aux marchés sur lesquels les sociétés-mères étaient concurrentes et plus particulièrement ceux sur lesquels il pouvait y avoir un chevauchement horizontal, ce qui n'était pas le cas du marché de la distribution, mais seulement de la production, du commerce et de la fourniture⁸⁴³. Prenant en considération non seulement la structure de ces différents marchés, mais aussi les conditions concurrentielles actuelles, la position des sociétés-mères et de leurs concurrents sur le marché, la possibilité d'entrer sur le marché et la réglementation en vigueur, elle a conclu que la création d'une entreprise commune de plein exercice n'aurait pas pour effet la coordination des comportements concurrentiels des mères sur ces marchés⁸⁴⁴.

⁸⁴² Décision de la Com. du 03.02.2000, Cas n° COMP/JV.36, *TXU EUROPE / EDF-LONDON INVESTMENTS*

⁸⁴³ Ibid. para. 44

⁸⁴⁴ Ibid. para. 50

On voit donc que les opérations de concentration entre fournisseurs sont considérées comme procompétitives si elles permettent l'entrée de ces entreprises sur de nouveaux marchés (en l'occurrence les services de réseau).⁸⁴⁵

§§ 2. La vraisemblance du caractère appréciable des effets de coordination

Concernant le second aspect de l'analyse de la Commission, on pourrait citer sa décision sur l'affaire Sydkraft/HEW/HANSA ENERGY TRADING⁸⁴⁶. Sydkraft est un fournisseur d'électricité actif également sur les marchés de production et de distribution. HEW est une société allemande active sur les marchés de production et de fourniture, reprise depuis peu comme participante sur la bourse de commerce d'électricité « Amsterdam Power Exchange ». La nouvelle entreprise commune est dans un premier temps chargée du commerce d'électricité sur cette bourse.

Les sociétés-mères ne sont donc pas encore actives sur le même marché que leurs filles mais pourraient le devenir. Cela crée un risque potentiel de coordination⁸⁴⁷. Cependant, deux éléments rendent invraisemblable le fait que la coordination éventuelle peut restreindre la concurrence de manière appréciable : d'une part, le fait que « American Power Exchange », en tant que bourse d'échange est par définition un marché très sensible aux prix, et d'autre part, le fait que les barrières à l'entrée sont très faibles⁸⁴⁸. Ainsi, si les parentes élevaient leurs prix par un effet de coordination, elles perdraient rapidement des parts de marché. Le risque est encore amoindri par le fait de faibles parts de marché en tant que nouvel entrant⁸⁴⁹. L'opération a par conséquent été autorisée

On voit donc que les opérations de concentration sous la forme d'une entreprise commune de plein exercice sont considérées comme procompétitives si elles permettent l'entrée de ces entreprises sur de nouveaux marchés (en l'occurrence les services de réseaux).

⁸⁴⁵ M.ALBERS, « Competition Law issues arising from the Liberalisation Process », *Competition and Regulation in Network Industries*, Intersentia, vol. 1(3), April 2011, p. 279.

⁸⁴⁶ Décision de la Com. du 30.11.1999, Cas n° COMP/JV.28 *Sydkraft/HEW/HANSA ENERGY TRADING*,

⁸⁴⁷ Ibid. para 26

⁸⁴⁸ Ibid. para 27

SECTION 2

L'appréciation des opérations par la prise en compte des gains d'efficacité

E. GELLHORN, cité par le F. JENNY, se penche sur la question des relations entre le droit de la concurrence et les gains d'efficacité :

« L'objet des lois antitrust est d'assurer la compétitivité de l'économie en se fondant sur l'hypothèse selon laquelle grâce à la concurrence les désirs des consommateurs seront satisfaits au plus bas prix possible et les biens seront produits au moindre coût, c'est-à-dire avec l'utilisation de la plus faible quantité de ressources possibles »⁸⁵⁰.

Ainsi,

« En termes économiques, la concurrence maximise le bien-être des consommateurs, d'une part, en accroissant l'efficacité allocutive (i.e. en dirigeant les ressources vers la production de ce qui répond le mieux aux désirs des consommateurs) et l'efficacité productive (i.e. en obligeant les offreurs à utiliser les ressources de la façon la plus économe) et, d'autre part, en favorisant l'efficacité dynamique (l'innovation). »

On pourrait conclure que lorsque les entreprises se concentrent, le rôle des Autorités de concurrence est de vérifier, préventivement, dans quelle mesure les changements structurels sur le marché ne vont pas à l'encontre des objectifs posés.

En effet, les motifs d'une opération de concentration sont multiples : ils peuvent parfois être relativement irrationnels du point de vue financier ou fiscal. Mais dans la majorité des cas, ce sont les motifs économiques qui prédominent. D'une part, on doit noter la volonté de l'entreprise d'augmenter son pouvoir de

⁸⁴⁹ Ibid.

⁸⁵⁰ F. JENNY, . « Droit européen et efficacité économique », *Revue d'économie industrielle de la concurrence*, n° 63, 1993, p. 193 et s.

marché, en accroissant sa capacité d’agir de manière indépendante par rapport à ses concurrents (selon la terminologie de l’arrêt *United Brands*⁸⁵¹), garantissant ainsi sa capacité de faire des profits grâce à des hausses de prix.

D’autre part les entreprises peuvent tendre à se regrouper, motivées par la réalisation de synergies, afin de réaliser des gains d’efficacité. Cela permettra à celles qui sont en état de réduire leurs coûts de production après la concentration, de réaliser des économies d’échelle, d’innover dans de meilleures conditions, etc.

Or, compte tenu des différents objectifs poursuivis par une entreprise en cas de concentration, les difficultés portent sur le traitement des opérations qui, tout en augmentant le pouvoir de marché des entreprises, n’entraînent pas systématiquement une détérioration du bien-être des consommateurs car elles produisent des gains d’efficacité qui contrebalancent l’impact néfaste lié à la réduction de l’intensité de la concurrence. L’enjeu est donc, comme l’évoquaient Stanislas Martin et Karine Berger dans leur article sur la contradiction entre contrôle des concentrations et soutien de la compétitivité des entreprises, de

*« (...) déterminer quels types de gains d’efficacité peuvent in fine se reporter sur le surplus des consommateurs, et donc venir atténuer la réduction de surplus engendrée par la hausse du pouvoir de marché des entreprises »*⁸⁵²

Dans son principe, la prise en compte de la contribution d’une concentration en termes de gains d’efficacité n’était pas totalement exclue jusqu’à l’adoption du nouveau règlement de 2004⁸⁵³.

Toutefois, ce texte de compromis n’a jamais trouvé d’application naturelle dans les décisions de la Commission où les gains d’efficacité ont toujours été

⁸⁵¹ CJCE, 14 février 1978, aff n° 27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission européenne*,

⁸⁵² K.BERGER, S. MARTIN, « La contradiction souvent évoquée au sein de la politique économique entre contrôle des concentrations et soutien de la compétitivité des entreprises est-elle un faux débat ? » *Revue Concurrence consommation*, n° 132, mars-avril 2003, p. 7.

⁸⁵³ L’article 2 par. 1 lettre b) du Règlement CE 4064/89 relatif au contrôle communautaire des concentrations : « *La Commission tient compte de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière [...] ainsi que de l’évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l’avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence* ».

analysés avec beaucoup d'ambiguïté, et dans un sens plutôt négatif au point que « l'efficiency defence » s'est au fur et à mesure transformée en « efficiency offence ».

A la différence de cette pratique, même si le nouveau règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations porte encore la marque de l'ambiguïté, il introduit explicitement les gains d'efficacité comme une partie du bilan concurrentiel de l'opération concentrative.

Dans ce contexte il paraît convenable de définir les positions juridiques européennes en la matière, avant d'évaluer les efficacités possibles dans les concentrations concernant le secteur énergétique,

§ 1 La position européenne sur les gains d'efficacité

En droit européen, la prise en compte de la contribution d'une concentration en termes de gains d'efficacité n'était pas totalement exclue jusqu'à la réforme de 2004, via l'article 2, paragraphe 1, lettre b) du Règlement CE 4064/89 relatif au contrôle communautaire des concentrations.

Cette situation est finalement assez curieuse car que le concept de progrès économique (ou de gains d'efficacité) figurait dès l'origine dans le Traité de Rome au sein des dispositions de l'ex- article 81 paragraphe 3 du Traité.

§§ 1 Le privilège accordé au bilan concurrentiel sous l'empire du Règlement 4064/89

« La mise en œuvre de la politique de concurrence avec ses nouveaux instruments en matière de fusions jouera un rôle Important pour assurer que la marché unique puisse fonctionner correctement. [...] Le contrôle des règles du jeu revêt une importance particulière pour sauvegarder le bon fonctionnement du marché unique »⁸⁵⁴.

La manière dont la Commission européenne appréhende le phénomène concurrentiel par ce texte apparaît clairement définie. Ainsi, dès 1991, l'accent est mis, en priorité, sur la préservation des conditions équitables de concurrence sur le

Marché unique. En d'autres termes, cela démontre l'approche économique délibérément choisie par la Commission au détriment d'une approche plus politique.

Cette approche économique se traduit par la préférence accordée, au niveau communautaire, au test de dominance aux dépens de l'examen des réductions substantielles de concurrence. Si ce test autorise la prise en considération d'éléments du progrès économique, le test de dominance se limite, en revanche, à un simple bilan concurrentiel. Il vise ainsi à mettre en lumière la création ou l'aggravation d'une position dominante, incompatible avec les exigences du bon fonctionnement d'un marché⁸⁵⁵. L'article 2 du Règlement 4064/89 sur l'Appréciation des opérations de concentration ne laisse aucun doute quant à l'encadrement du contrôle exercé :

« 1. Les opérations de concentration visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun.

Dans cette appréciation, la Commission tient compte :

a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté ;

b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à rentrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs

⁸⁵⁴ Programme de travail de la Commission pour 1991. *Bull. CE. Suppl.* 1/91

intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

2. Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun. »

Le point central de l'analyse menée par la Commission réside dans cette limitation du recours à des éléments « extra-concurrentiels ». L'emploi restrictif de « pour autant » démontre la hiérarchie des critères auxquels les autorités communautaires de concurrence ont recours : la préservation de la concurrence prime sur toute autre considération. Un bilan économique peut être effectué, selon cet article. Cependant, la prise en compte d'une contribution au progrès technique et économique se limite aux cas dans lesquels cette contribution « ne constitue pas un obstacle à la concurrence ». Quel est l'intérêt, alors, du recours à cette notion si elle ne permet pas de déroger aux obligations de la concurrence ? L'article 2, paragraphe 1 lettre b) démontre les exigences liées à la négociation du règlement entre les Etats-membres mais ne joue aucun rôle décisif lors du contrôle d'une concentration⁸⁵⁶.

Une affaire, notamment, illustre l'examen strictement concurrentiel de la Commission. La déclaration d'incompatibilité du rachat de la société de Havilland, filiale de Boeing, par le groupe français Aérospatiale et l'italien Alenia, a soulevé des prises de positions très critiques envers la Commission⁸⁵⁷. Selon le point 69 de cette décision, la Commission s'est pourtant livrée à un bilan économique de l'opération :

⁸⁵⁵ F. JENNY, « Droit européen et efficacité économique », *op.cit.* p. 200 et s.

⁸⁵⁶ P. CAMESASCA, "The explicit efficiency defence in Merger Control does it make a difference?" *ECLR* 1999, p. 17, notamment p. 25.

⁸⁵⁷ Décision de la Com. du 2.10.1991, Cas n° IV/M053 - *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*

« ... la Commission ne considère pas que la concentration envisagée contribuerait au développement du progrès technique et économique au sens de l'article 2, §1, point b du règlement sur les concentrations. Même s'il y avait un tel développement, il ne serait pas à l'avantage des utilisateurs ».

Cette explication de la Commission européenne ressemble sensiblement au bilan effectué par les autorités français de concurrence. Le problème réside, en fait, dans le refus des arguments présentés par les parties à l'opération. Il serait plus adapté d'évoquer un « retournement » des arguments et non pas un refus : les projets en termes d'économies de coûts ou de couverture de toute la gamme des avions de transport sont ainsi perçus non comme une justification de l'opération mais comme un avantage concurrentiel renforçant la position dominante de Havilland⁸⁵⁸.

Fruit d'un compromis politique, la première réglementation communautaire sur le contrôle communautaire des concentrations démontre que le progrès économique n'est pris en compte que de manière très restrictive. Toutefois, certaines statistiques sur l'application du Règlement 4064/89 permettent de noter que plus de 80% des concentrations notifiées sont autorisées, le recours au progrès économique demeure ainsi accessoire⁸⁵⁹. Néanmoins, ce refus de la Commission de prendre en considération des éléments qui ne font pas partie d'un strict bilan concurrentiel entraîne un traitement totalement différent des comportements anticoncurrentiels que sont les ententes et abus de position dominante d'un côté, et les opérations de concentrations, de l'autre.

§§ 2 Les gains d'efficacité dans l'ex-article 81, paragraphe 3 TCE (Art. 101, paragraphe 3 TFUE)

On vient d'examiner la situation en matière de contrôle des concentrations et les ambiguïtés de la position de la Commission européenne. Cette situation est plutôt étonnante puisque dès 1957 le Traité de Rome consacrait la nécessité pour la Commission d'opérer un bilan économique dans le cadre de l'appréciation des

⁸⁵⁸ Ibid. para. 72

⁸⁵⁹ Ph. CORRUBLE, « Dix ans d'application du règlement concentration par la Commission européenne (une analyse juridique des statistiques) », *Gaz. Pal.* 30-31 mai 2001, p.5

accords entre entreprises susceptibles de restreindre la concurrence. Ainsi, l'ex-article 81, paragraphe 3 TCE (Article 101, paragraphe 3 TFUE) prévoit explicitement une exemption individuelle des pratiques anticoncurrentielles lorsque celles-ci remplissent quatre conditions cumulatives bien connues : a) les pratiques contribuent à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou à la promotion du progrès technique ou économique ; b) une partie équitable du profit qui résulte de ces pratiques est réservée aux utilisateurs ; c) les restrictions imposées sont indispensables pour atteindre les objectifs en cause ; d) les restrictions imposées ne donnent pas aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence sur une partie substantielle des produits en cause.

Si les applications individuelles de l'ex-article 81, paragraphe 3 TCE (Article 101, paragraphe 3 TFUE) ne sont pas très nombreuses, la Commission n'a toutefois pas hésité à appliquer cette disposition à des accords qui étaient, par hypothèse, restrictifs à la concurrence et où les parties pouvaient, le cas échéant, disposer d'un pouvoir de marché significatif⁸⁶⁰.

À la lecture de certaines affaires, on s'aperçoit que la Commission s'est montrée relativement souple quant aux conditions d'application de l'ex-article 81, paragraphe 3 TCE (Article 101, paragraphe 3 TFUE) et que les entreprises notifiantes ont réussi à la convaincre, sans trop de difficulté, du bien fondé de leurs arguments⁸⁶¹.

Par exemple, on peut relever que l'intensité des gains d'efficacité n'est en général pas quantifiée ; l'appréciation de l'intérêt du consommateur et de la nécessité de lui réserver une partie équitable du profit escompté est souvent examinée brièvement ; enfin, le fait que ces gains ne puissent être obtenus que grâce à la mise en œuvre de l'accord est interprété de façon souple⁸⁶².

§§ 3 La reconnaissance de la notion d'efficacités dans le Règlement (CE) n° 139/2004

⁸⁶⁰ G. VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.438

⁸⁶¹ Ibid.

⁸⁶² Voir par exemple : Décision de la Com du 18.10.1991, aff. n° IV/32.737, *Eirpage* ; Décision de la Com. du 18.05.1994, aff. n° IV/33.640, *Exxon/Shell*; Décision de la Com du 27.07.1994, aff. n° IV/34.857, *BT/MCI* ; Décision de la Com. du 29.10.1997, aff. n° IV/35.830, *Unisource*.

Le nouveau règlement introduit officiellement ce concept économique en soulignant que les gains d'efficacité résultant de la concentration peuvent contrebalancer ses effets anticoncurrentiels, notamment le préjudice pour les consommateurs.

L'article 2, paragraphe 1 ; lettre b), du règlement introduit certains facteurs dont la Commission doit tenir compte. Selon la rédaction la Commission est tenue de compter :

« de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence. »

En se fondant sur ce texte on peut conclure que dans les cas de prise en compte de gains d'efficacité la Commission est tenue d'accorder une place au développement du progrès technique et économique pour autant qu'il profite au consommateur et qu'il ne crée pas un obstacle à la concurrence⁸⁶³.

Pour que les gains d'efficacité soient pris en compte dans l'évaluation des opérations concentratives, ils doivent être conformes à quelques caractéristiques. Premièrement, les efficacités doivent être spécifiques à la concentration⁸⁶⁴. Cette caractéristique introduit l'exigence que ces efficacités ne doivent pas pouvoir être obtenues en dehors de l'opération et représenter une « conséquence directe de l'opération notifié »⁸⁶⁵. En effet, si elles ne sont pas spécifiques, un simple accord entre les entreprises permet de réaliser ces synergies sans pour autant faire supporter à la société les coûts anticoncurrentiels.

⁸⁶³ Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel* n° C 031 du 05/02/2004 p. 0005 - 0018 para 77

Deuxièmement, ils doivent profiter aux consommateurs⁸⁶⁶. Seules les réductions des coûts variables permettent une réduction des prix et donc bénéficient aux consommateurs. Ces synergies entraînent un déplacement de la courbe d'offre. En revanche, la réduction des coûts fixes n'entraîne pas la diminution des prix. La courbe d'offre reste identique. Il est obligatoire de noter qu'il existe un troisième type de synergies qui pourrait également bénéficier aux consommateurs : une baisse des coûts de R&D. Ceux-ci augmentent les profits des consommateurs en leur proposant un plus large choix de produits ou des produits de meilleure qualité. Ce type de synergies a un impact évident sur la demande en entraînant un déplacement de la courbe de demande. Mais on peut constater une certaine réticence due au fait que leur effet se fait valoir uniquement à long terme⁸⁶⁷.

Enfin, les gains d'efficacité doivent être vérifiables⁸⁶⁸ et quantifiables. D'après quelques études économiques réalisées ex post, une faible part des efficacités annoncées est effectivement réalisée. Les conclusions de ces études sont dans l'ensemble décevantes quant à la validation des gains d'efficacité, et notamment de l'économie d'échelle, consécutifs à une concentration. Dans le secteur de l'énergie, et plus concrètement dans le secteur de l'électricité, une telle étude analysant la vague des concentrations dans le secteur aux Etats-Unis, a été effectuée en 1999 par Anderson⁸⁶⁹. Il conclut que seulement 15% des concentrations ont réalisé leurs objectifs espérés. Dans une autre étude sur un échantillon de secteurs plus large, Fisher et Land⁸⁷⁰ concluent aussi que dans plusieurs cas des gains d'efficacité n'ont jamais été réalisés, ce qui est un argument avancé par les entreprises lors de la concentration.

⁸⁶⁴ Ibid. para 78

⁸⁶⁵ Ibid. para.85

⁸⁶⁶ Ibid.

⁸⁶⁷ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, op.cit. p.543

⁸⁶⁸ Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op.cit.* para 86

⁸⁶⁹ J. ANDERSON « Making Operational Sense of Mergers and Acquisitions », *The Electricity Journal*, 1999 Vol.12, n°7.

⁸⁷⁰ A.FISHER, et R.LANDE, « Efficiency considerations in Merger Enforcement », *California Law Review*, 1989, n° 77.

Dans l'ensemble, il est particulièrement difficile de savoir a priori si une concentration peut ou non dégager des synergies ; en outre, les gains d'efficacité envisagés ex ante par les entreprises se révèlent systématiquement moindres ex post.

§ 2. *Efficiences dans les concentrations entre opérateurs énergétiques*

Le paragraphe précédent a permis de conclure qu'en général les gains d'efficacité étaient vus avec suspicion par les autorités de la concurrence. Qu'en est-il du secteur énergétique ?

On va, tout d'abord, évaluer les gains d'efficiences susceptibles de résulter d'une concentration suivant le type de l'opération envisagée : concentrations horizontales ou verticales.⁸⁷¹

§§ 1 *Les concentrations horizontales*

En examinant le gain d'efficacité dans le cas des concentrations horizontales on doit tout d'abord faire une distinction entre les opérations concentratives à l'amont et en aval de la filière énergétique.

Premièrement, on va analyser les concentrations entre les producteurs. La taille optimale d'un système de production ne se situe pas au niveau du producteur, mais au niveau des centrales de production. Les efficiences résultant d'une concentration entre deux producteurs sont faibles. Seules des économies de coûts fixes, consécutives à des économies dans les systèmes administratifs, peuvent être réalisées. Les coûts variables ne sont pas réduits à la suite de l'opération, donc les consommateurs ne devraient pas profiter de l'opération. Néanmoins, les concentrations entre deux producteurs peuvent permettre de diversifier leur parc de production. On doit noter aussi que les centrales électriques se différencient en fonction du coût de production de l'électricité et du mode d'exploitation. Elles sont regroupées en trois types de production : production de base, de semi-base ou de

⁸⁷¹ On suivra la classification introduit par BERLIN dans son commentaire – D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, op.cit. p.541

pointe. L'intégration, dans une même entreprise, de l'ensemble de ces types peut permettre une meilleure gestion de l'offre et conduire à des efficiences.

Cependant, un effet opposé peut résulter de cette concentration. La nouvelle entité, pour augmenter les prix sur le marché, peut retirer de manière stratégique des unités de production de base ou de semi-base. Pour faire face à une demande constante, il faudra mettre en route les unités de pointe. Possédant les trois types de centrales, l'entité est incitée à adopter ce comportement. En effet, le prix de marché sera à la hausse et les marges dégagées sur l'électricité vendue, produite par les deux premiers types de centrales, augmentent. Le retrait de capacité permettra à l'opérateur qui les détient d'accroître ses profits.

Deuxièmement, on va étudier les concentrations entre fournisseurs. Qu'il s'agisse de concentrations entre fournisseurs d'électricité ou de fusions "convergentes" c'est-à-dire de fusions entre fournisseurs d'électricité et de gaz, ce type d'opération est susceptible d'engendrer des efficiences. En effet, il existe une taille optimale des fournisseurs. Un fournisseur trop petit ne pourra pas négocier les prix de l'énergie auprès des producteurs. La concentration entre fournisseurs d'une même énergie permet donc d'augmenter le pouvoir d'achat. Cependant, ce type d'efficiences n'est pas pris en compte par les autorités de concurrence, il aurait pu être atteint par un simple accord. De plus, les gains ne sont réalisés que dans les cas où les fournisseurs sont réellement indépendants des producteurs. Enfin, ces gains ne résultent que d'un transfert des fournisseurs vers les producteurs et non de gains allocatifs ou productifs.

§§ 2 Les concentrations verticales

On a bien vu que ce type de concentration peut engendrer des problèmes anticoncurrentiels très sévères tels que des subventions croisées et des problèmes d'accès au réseau. Mais en même temps ces opérations peuvent entraîner des gains d'efficiences. Une intégration des activités de transport et de production permet par exemple de coordonner les actions de ces deux activités. Les producteurs et les transporteurs se mettent d'accord sur l'évolution de la demande dans les prochaines années et sur les investissements nécessaires en capacité de production et de réseaux.

En conclusion, les seules efficiences bénéficiant aux consommateurs sont les efficiences portant sur la diminution des coûts variables. Ce contexte est, après analyse, peu fréquent dans le secteur énergétique. L'impact de ce point de la réforme sur le secteur est par conséquent peu important.

Cette conclusion est validée par des études empiriques. Le département américain de l'énergie a effectué une étude sur le changement des structures dans le secteur électrique en 1999⁸⁷².

Enfin, même si une fusion induit des synergies, celles-ci devraient être relativement importantes pour compenser les effets anticoncurrentiels. En fait, dans le secteur électrique, l'élasticité de la demande est faible. Dans les cas de marchés contestables, si l'élasticité de la demande est inférieure à 1, aucune synergie ne pourra permettre de contrebalancer le renforcement de la position dominante des entreprises.

On a vu que les motivations des opérations concentratives pouvaient être de deux types : l'augmentation du pouvoir de marché et/ou la création d'efficiences. On mentionne aussi un troisième type de concentrations dans le secteur énergétique : les concentrations stratégiques⁸⁷³. En effet les principaux motifs des opérations dans ce secteur en voie de libéralisation avancés par les entreprises sont la reconfiguration des actifs, les économies de coûts et les économies d'échelle. On va voir que ces efficiences suscitent des questions. On peut procéder à des concentrations dans le seul but d'assurer aux entreprises une meilleure position pour pouvoir négocier avec le régulateur. Dans la plupart des pays européens, le nombre des opérateurs est faible et chaque opération concentrative réduit à la fois le nombre des partenaires pour les autres entreprises et la base d'information des régulateurs. Cette utilisation stratégique des concentrations est un dernier élément allant contre la prise en compte des efficiences ou, du moins, devant renforcer la méfiance des autorités.

⁸⁷² DEPARTMENT OF ENERGY, "The Changing Structure of The Electric Power Industry 1999: Mergers and Other Corporate Combination", Energy Information Administration Office of Coal, Nuclear, Electric and Alternative Fuels, 1999

⁸⁷³ S. MERITET, « Le mouvement de concentration dans l'industrie électriques et gazière en Europe » *Working paper* disponible sur <http://www.meritet.net/Articles/Concentration%20varsovie.pdf>

Ces observations permettent de conclure que si la prise en compte des synergies par la Commission européenne a théoriquement pour conséquence une augmentation des pouvoirs de négociation des entreprises, seules les futures décisions pourront révéler l'ampleur des changements. La Commission européenne aura, en effet, la possibilité de refuser les arguments d'efficacités avancés par les opérateurs. En pratique, les autorités de la concurrence qui ont déjà la possibilité de prendre en compte les efficacités, n'en profitent pas fréquemment. De plus, la liste des critères déterminant les efficacités à considérer, leur fournit des motifs pour rejeter ce type d'arguments. Ces motifs sont, par nature, difficiles à réfuter. Il apparaît, de plus, que les impacts dans le secteur énergétique sont particulièrement faibles.

CHAPITRE VIII

Les tentatives d'accélération du fonctionnement par la Commission : le recours aux «remèdes»

Si la plupart des opérations de concentrations ne posent pas de difficultés du point de vue concurrentiel, certaines laissent entrevoir des problèmes. Toutefois la Commission n'interdit que rarement une telle opération sur les marchés de l'énergie, préférant l'autoriser sous conditions. Comme il est indiqué dans le Règlement 139/2004 « *Lorsque les entreprises concernées modifient une concentration notifiée, notamment en présentant des engagements afin de la rendre compatible avec le marché commun, la Commission devrait pouvoir déclarer cette concentration, telle qu'elle est modifiée, compatible avec le marché commun.* »⁸⁷⁴ Il s'impose donc de tourner le regard vers la nature et le rôle de ce type d'outils d'intervention.

Prendre une décision en faveur d'une mesure corrective constitue une étape importante dans le processus de contrôle d'une concentration, d'autant plus si ce contrôle concerne une opération dans un secteur en voie de libéralisation et de restructuration⁸⁷⁵. Dans ce sens comme remarque M. VALLINDAS les mesures correctives constituent l'instrument de « *prédilection* » des autorités de concurrence⁸⁷⁶.

En suivant la logique, ce chapitre a pour objectif de présenter les principes juridiques régissant le choix des mesures correctives, avant de porter l'attention sur la typologie des remèdes utilisés par la Commission et leurs spécificités dans le cadre du secteur de l'énergie⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ Considérant 30 du Règlement 139 /2004

⁸⁷⁵ P.KELLEZI, *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominant*, Bern, Stampfli Editions SA Bern, 2010, p.1 et s.

⁸⁷⁶ G. VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.458

⁸⁷⁷ Commission européenne, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:FR:PDF>, point 40 - 43

SECTION 1

Le choix des mesures correctives

En parlant des principes juridiques qui régissent le choix des remèdes, il paraît nécessaire d'adopter, comme point de départ, les règles de procédure régissant en intégralité le processus de contrôle des concentrations.

§ 1 Règles de procédure dans les cas de contrôle des concentrations

Ainsi dans ce paragraphe on va présenter le déroulement de la procédure tout en discutant les questions relatives aux mesures correctives.

§§ 1 Discussion informelle et notification

Conformément à l'article 4(1) du Règlement, la notification devient obligatoire dès lors que les parties sont engagées irrévocablement, en d'autres termes : après la conclusion d'un accord (accord *binding* signé par les parties), ou après la publication de l'offre d'achat ou d'échange, ou après l'acquisition d'une participation de contrôle⁸⁷⁸.

Le Règlement fixe un délai d'une semaine pour déposer la notification. Toutefois, celle-ci doit intervenir après l'engagement des parties mais avant la date de réalisation de l'opération (*closing*). Compte tenu des enjeux financiers, les entreprises ont tout intérêt à procéder à la notification le plus rapidement possible afin d'obtenir une décision de la Commission au plus tôt⁸⁷⁹.

Il convient alors de déterminer à qui incombe la charge de notifier l'opération auprès de la Commission. Tout dépend de la nature de l'opération. En effet, l'article 4(2) du Règlement prévoit que dans le cas d'une création d'entreprise commune ou d'une fusion, l'opération doit être conjointement notifiée par toutes les parties. En revanche, dans les autres cas, ce sont les personnes physiques ou morales acquérant le contrôle de tout ou partie d'une entreprise qui doivent notifier

⁸⁷⁸ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, in Commentaire J.Megret, 3^e édition, Edition de L'Université de Bruxelles, 2009, p.201

⁸⁷⁹ Ibid.

la concentration. Mais même dans cette dernière hypothèse la notification ne peut pas se faire sans la contribution et l'aval du vendeur⁸⁸⁰.

Il est d'autant plus important de déterminer l'entreprise responsable de la notification que les sanctions sont extrêmement lourdes en cas de défaut de notification. L'article 14(2) du Règlement autorise la Commission à infliger aux entreprises ayant délibérément ou par négligence omis de notifier une opération de concentration de dimension communautaire, une amende d'un montant pouvant atteindre 10% du CA HT mondial réalisé par les entreprises concernées.

Le nouvel article 4(2) du Règlement instaure la possibilité de notifier un projet de concentration dès lors que les intentions des parties sont suffisamment fermes. Dans ce sens il convient de noter que même si elle n'est pas prévue dans le règlement de base, la prénotification est fortement encouragée par la Commission et force est de constater que les entreprises ont rapidement été convaincues de son utilité. Elle permet aux parties d'entamer une discussion avec la Commission sur la définition du marché en cause, d'identifier les problèmes soulevés par l'opération sur la concurrence et de s'assurer que le dossier de notification est complet avant d'être officiellement déposé⁸⁸¹.

a. Effet suspensif de la notification

Conformément à l'article 7(1) du Règlement, la notification d'une opération au titre de contrôle des concentrations a un effet suspensif sur sa réalisation. En d'autres termes, les parties ne peuvent pas réaliser l'opération tant qu'elle n'a pas été autorisée par la Commission.

Le non respect de l'effet suspensif est sanctionné par l'article 14(2) du Règlement, qui permet à la Commission d'infliger aux entreprises concernées une amende pouvant atteindre 10% du CA HT mondial réalisé par les entreprises concernées⁸⁸².

⁸⁸⁰ Ibid. p.224

⁸⁸¹ F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » in BRUNET, F., CANIVET, G., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008,

⁸⁸² D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*. Op.cit. p.228

Il existe toutefois deux types de dérogation à cet effet suspensif – une dérogation automatique et une dérogation individuelle expresse.

La dérogation automatique (article 7(2) du Règlement) est prévue pour les OPA, OPE ou les opérations basées sur transmission de titres⁸⁸³. Dans ces cas les parties peuvent procéder au transfert des titres, seul l'exercice des droits de vote attachés à ces titres étant suspendu. Cette disposition vise à pallier les problèmes d'insécurité juridique soulevés dans le cadre des affaires *Tetra/Laval* et *Schneider/Legrand*. Dans ces deux affaires, la clôture de l'OPA ou OPE avait eu lieu avant la décision finale de la Commission et les offres publiques étaient inconditionnelles, conformément aux règles antérieures du marché boursier français. Or, la Commission avait postérieurement interdit les deux opérations et prononcé une décision de séparation des entreprises⁸⁸⁴, causant une situation difficile pour les entreprises impliquées⁸⁸⁵.

La dérogation individuelle expresse (article 7(3) du Règlement) de son côté est accordée par la Commission sur demande motivée. Elle vise les "*cas de nécessité particulièrement motivée*", par exemple une concentration réalisée au titre d'un plan de cession dans le cadre d'une procédure collective. La dérogation peut être demandée et accordée à tout moment.

b. Contenu de la notification

Dans la première partie du dossier de notification les entreprises exposent la structure de l'opération et ses aspects financiers. Une seconde partie plus importante est consacrée à l'analyse des effets de la concentration. L'objectif des entreprises est de démontrer la neutralité ou l'effet réduit de la concentration sur les marchés en cause.

⁸⁸³ Sous l'empire du Règlement n°4064/89, la dérogation automatique était uniquement accordée pour des OPA ou OPE.

⁸⁸⁴ Néanmoins, la Commission a, dans les deux cas, été sanctionnée par le TPICE. Voir notamment l'article de J.T.LANG, « Two important Merger Régulation judgements: thé implications of Schneider-Legrand and Tetra Laval-Sider », *European Law Review*, April 2003, p. 259.

⁸⁸⁵ On relèvera à ce titre que la législation boursière française a été modifiée afin de mieux protéger l'initiateur d'une OPA ou OPE. Le règlement général du Conseil des marchés financiers a été aménagé afin de permettre à l'initiateur d'une offre de stipuler une condition suspensive d'obtention d'autorisation de la Commission ou du ministre de l'Economie (Arrêté du 15 novembre 2002, JO, 7 décembre 2002, p. 20231).

La liste des informations demandées fait l'objet d'un formulaire spécifique dit "formulaire CO" qui doit être transmis à la Commission en un original et 35 copies⁸⁸⁶.

Toutefois, l'article 3 du règlement de la Commission n°802/2004 du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du Règlement ("Règlement n°802/2004") prévoit que pour certaines opérations les entreprises pourront utiliser un formulaire de notification simplifiée⁸⁸⁷. Il s'agit d'opérations de concentration peu susceptibles de soulever des problèmes de concurrence majeurs⁸⁸⁸. L'engagement de la procédure de notification simplifiée se décide généralement durant la phase de prénotification, c'est la raison pour laquelle les parties notifiantes sont incitées à contacter le plus tôt possible les services de la Commission⁸⁸⁹.

Dans le cadre de cette procédure de notification simplifiée, la Commission rend une décision abrégée, c'est-à-dire sans exposer son analyse concurrentielle. Il s'agit d'un gain de temps considérable aussi bien pour la Commission que pour les entreprises concernées. Ainsi le travail de collecte d'informations se trouve considérablement réduit. Les textes communautaires prévoient explicitement que la Commission doit s'efforcer de rendre une décision abrégée le plus tôt possible⁸⁹⁰.

Les informations transmises par les entreprises à la Commission sont souvent confidentielles. Afin d'éviter tout problème d'atteinte à la confidentialité, l'article 17 du Règlement et l'article 18 du Règlement n°802/2004 prévoient un régime de protection du secret des affaires. En pratique, les entreprises concernées signalent à la Commission les documents ou les mentions relevant du secret des affaires tant dans le dossier de notification que dans la version publique des décisions rendues par la Commission⁸⁹¹.

§§ 2 Les enquêtes de Phase I

⁸⁸⁶ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*. Op.cit. p.206

⁸⁸⁷ Commission européenne, Communication de la Commission 2005/C 56/04 du 5 mars 2005 relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration, JOUE C 56, 5 mars 2005, p. 32.

⁸⁸⁸ Les conditions pour bénéficier de ce régime sont définies au point 1.1 de l'annexe II du Règlement n°802/2004.

⁸⁸⁹ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*. Op.cit. p.214

⁸⁹⁰ Communication de la Commission 2005/C 56/04 du 5 mars 2005 relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration, JOUE C 56, 5 mars 2005, p. 32.

Une fois la notification déposée, la Commission se livre à une analyse de l'opération et des conditions de concurrence sur les marchés en cause. Cette analyse est plus ou moins approfondie selon les problèmes de concurrence soulevés par l'opération⁸⁹². Ainsi si les concentrations présentent peu d'entraves à la concurrence, elles sont autorisées à l'issue d'une enquête de Phase I.

a. Déroulement de la Phase I

La durée de la phase I est fixée par le Règlement de base à 25 jours ouvrables, à partir du jour suivant la réception de la notification et peut être, dans certains cas, prolongée de deux semaines (soit 10 jours ouvrables)⁸⁹³. La phase I ne peut, en aucun cas, excéder six semaines. Cette extension peut être motivée par une présentation de remèdes dès la phase I⁸⁹⁴. En effet, les parties peuvent proposer des remèdes durant les trois premières semaines⁸⁹⁵. Pour les évaluer, l'équipe en charge du contrôle peut demander une extension de deux semaines. Cette extension peut résulter aussi de la requête d'un Etat Membre. La réforme de 2004 ne modifie pas ces durées ni les conditions de leurs extensions.

Durant cette phase, une équipe d'experts de la Commission européenne examine le formulaire CO, collecte les informations, essaye d'évaluer la concurrence sur le marché pertinent et donne une première estimation des possibles effets de la concentration⁸⁹⁶.

A la fin de cette phase, trois types de décisions peuvent être rendus : soit la fusion est autorisée sans condition, soit la fusion est autorisée sous conditions, soit l'opération soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun et une phase d'investigation plus approfondie est nécessaire⁸⁹⁷. Depuis

⁸⁹¹ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*. Op.cit. p.214

⁸⁹² F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations... » *op.cit.* p.570

⁸⁹³ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, art.10 paragraphe 1

⁸⁹⁴ Ibid.

⁸⁹⁵ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, art. 19 paragraphe 1

⁸⁹⁶ F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations ... » *op.cit.* p. 571

⁸⁹⁷ Ibid. p.571 et s.

1990 et jusqu'au mois d'août 2010, sur 5792 concentrations 5603 ont été autorisées à l'issue de la Phase I (soit près de 95% des opérations notifiées).⁸⁹⁸

Seuls 5% des opérations ne sont pas jugés compatibles avec le marché commun à la fin de cette phase. A ce stade, les entreprises font face à un arbitrage : elles peuvent choisir de faire aboutir leur projet dès la phase 1 et de proposer des remèdes plus élevés. Dans la moitié des cas, les parties ont fait ce choix. Leur projet a été accepté au bout d'un seul mois de procédure. Dans l'autre moitié cas a attendu le passage en phase 2. Cela leur permet d'espérer que les problèmes concurrentiels se révéleront non-fondés après une étude plus approfondie ou, du moins, que les remèdes à proposer seront moins contraignants.

b. Les mesures correctives en Phase I

La prise de mesures correctives pendant la première phase de la procédure est prévue par l'art. 6 par. 2 du Règlement 139/2004. Cette disposition a été insérée en 1997 par le Règlement du Conseil n° 1310/97 du 30 juin 1997, modifiant le Règlement 4064/89⁸⁹⁹. Selon cet article :

« si la Commission constate que, après modifications apportées par les entreprises concernées, une opération de concentration notifiée ne soulève plus de doutes sérieux au sens du paragraphe 1 point c), elle déclare la concentration compatible avec le marché commun, conformément au paragraphe 1 point b). La Commission peut assortir la décision qu'elle prend en vertu du par. 1 point b) de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun. »

Le règlement 1310/97 précisait dans ses considérants que les engagements peuvent être acceptés *« lorsque le problème de concurrence est aisément*

⁸⁹⁸ Statistiques du 21 septembre 1990 au 31 août 2010, disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

⁸⁹⁹ Règlement du Conseil n° 1310/97 du 30 juin 1997, modifiant le Règlement 4064/89, JO, n°L 180, p.1

identifiable et qu'il peut être facilement résolu»⁹⁰⁰. Si on utilise la terminologie reprise par la Commission, les engagements, surtout ceux qui sont pris pendant la première phase, doivent être « *clear-cut* » c'est-à-dire qu'ils doivent permettre de donner une solution complète et effective⁹⁰¹. En d'autres termes les remèdes doivent être clairs et correspondre à un problème de concurrence aisément identifiable et facile à résoudre. A ce stade de l'investigation les mesures doivent constituer une réponse directe et suffisante de nature à exclure clairement les doutes sérieux émis par la Commission⁹⁰². Une autorisation assortie de conditions durant cette phase demande l'identification des difficultés concurrentielles très en amont de l'opération et la possibilité de les résoudre de manière simple. Généralement, le problème de concurrence ne concerne qu'une partie très circonscrite de la transaction globale⁹⁰³. La clé du succès des mesures prises durant cette phase est la discussion informelle qui a lieu entre les parties et la Commission avant la notification de la concentration, tant en ce qui concerne les problèmes posés par l'opération que les mesures envisageables⁹⁰⁴.

Lorsque des engagements ont été soumis pendant la première phase, dans l'hypothèse où ils ne présenteraient pas les caractéristiques mentionnées ou du moins ne seraient pas suffisantes pour résoudre les problèmes de concurrence, la Commission pourrait accepter seulement des modifications limitées⁹⁰⁵. Celles-ci

⁹⁰⁰ Considérant 8 du Règlement 1310/97. Le nouveau Règlement 139/2004 a repris cette phrase dans son considérant 30

⁹⁰¹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO, C 267, 22.10.2008, par. 81

⁹⁰² D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, op.cit. p.272

⁹⁰³ J.KEMP, G.EMBERGER, « Recent developments and important decisions », *Competition Policy Newsletter* 3(October)1998, p.36

⁹⁰⁴ Voir Commission européenne, DG Concurrence, XXIX Rapport sur la politique de concurrence, 1999, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/fr.pdf, point 183, sur l'affaire *Hoechst/Rhône-Poulenc* « *Lorsque des mesures correctives peuvent être trouvées dès la phase I, les opérations sont autorisées plus rapidement. Toutefois, cela ne peut se faire que si la Commission a la garantie que tous les problèmes de concurrence potentiels sont résolus. En outre, il est indispensable que la Commission dispose de suffisamment de temps pour examiner les opérations notifiées, notamment s'il est probable qu'elles ne pourront être autorisées que si les parties proposent des engagements. C'est ainsi que, bien que les engagements donnés ont dû être substantiels, l'affaire Hoechst/Rhône-Poulenc a pu être autorisée dès la phase I, car il y a eu des discussions approfondies entre les parties et la Commission avant que l'opération ne soit officiellement notifiée. C'est pourquoi, lorsque les parties à une concentration soupçonnent que l'opération soulèvera des problèmes sur le plan de la concurrence, il est important qu'elles se mettent en rapport avec la Commission dès que possible, et ce avant la notification officielle.* »

⁹⁰⁵ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, op.cit. p.272

doivent permettre de clarifier, perfectionner ou améliorer les engagements proposés initialement, en les rendant « praticables et effectifs » :

« Etant donné que les mesures correctives prévues dans la phase I sont conçues de façon à fournir une réponse directe à des problèmes de concurrence aisément identifiables, seules des modifications limitées peuvent être acceptées. De telles modifications, présentées comme une réponse immédiate aux résultats de consultations, peuvent comporter des éclaircissements, des précisions et/ou d'autres améliorations visant à assurer que les engagements sont praticables et effectifs. Ces modifications ne seront toutefois acceptées que dans les cas où il est garanti que la Commission est en mesure d'évaluer valablement les engagements offerts »⁹⁰⁶

De cette manière elles assurent que les mesures sont exécutables et effectives et que les entreprises ont l'intention de les appliquer correctement. La communication de 22.10.2008 laisse entendre sur les mesures correctives que la Commission n'acceptera pas de modifications importantes sur le fond des engagements. En effet, la Commission doit prendre une décision en un mois ou, au plus tard, en six semaines ; elle manque donc de temps pour évaluer l'effet de chaque modification apportée par les parties à l'opération. L'introduction de modifications essentielles peut entraîner le rengagement de la procédure (deuxième phase du contrôle), ce qui incite les entreprises à soumettre dès le début des engagements qui permettent de résoudre clairement les effets anticoncurrentiels.

Les engagements dans cette phase doivent être suffisants pour exclure clairement tous les « doutes sérieux » au sens de l'art. 6 par. 1 point c) du Règlement 4064/89. La Commission avait cependant accepté des engagements avant la modification du Règlement 4064/89 même s'il n'y avait pas de base légale pour cette pratique. Cette solution a été trouvée en raisonnant *par analogie* à la

⁹⁰⁶ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO, C 267, 22.10.2008, par. 83

solution de l'art. 8 par. 2 du Règlement 4064/89 ou en appliquant le principe de proportionnalité.

La première phase du contrôle des concentrations dure vingt-cinq jours ouvrables. Ledit délai étant relativement court pour effectuer une appréciation des effets concurrentiels de l'opération de concentration, les parties sont encouragées à soumettre de façon informelle des engagements avant la notification de celle-ci. Ce délai est porté à trente-cinq jours ouvrables lorsque les entreprises concernées proposent des engagements afin de rendre la concentration compatible avec le marché commun. Ceux-ci doivent être présentés toutefois dans un délai de vingt jours ouvrables après la réception de la notification. La possibilité de prolonger le délai permet d'assouplir la procédure en ce que la Commission peut examiner l'efficacité des engagements offerts sans être obligée d'engager la procédure.

§§ 3 Les enquêtes de Phase II

Selon la rédaction de l'art. 8 par. 2 du Règlement 4064/89, la Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun. Lorsque, pendant la deuxième phase, la Commission a conclu que l'opération entraîne la création ou le renforcement d'une position dominante au sens de l'art. 2 par. 3 du Règlement 139/2004, les engagements doivent avoir pour effet d'empêcher la création ou le renforcement d'une telle position dominante⁹⁰⁷. Les engagements doivent être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement : ils doivent en outre spécifier les conditions de fond et les modalités de mise en œuvre [...] d'une manière suffisamment précise⁹⁰⁸.

Les décisions clôturant la deuxième phase de la procédure doivent être prises dès que les doutes sérieux sont levés, mais au plus tard dans un délai de

⁹⁰⁷ F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » *in Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p. 572

⁹⁰⁸ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO, C 267, 22.10.2008, par. 91

quatre-vingt-dix jours ouvrables depuis la date de l'ouverture de la procédure⁹⁰⁹. Ce délai maximal pourrait être expliqué par les intérêts des entreprises, qui ont besoin d'une détermination rapide sur les effets de leur opération⁹¹⁰. Pour pouvoir tester l'efficacité des engagements dans le délai ordinaire, les entreprises doivent les soumettre dans un délai de cinquante-cinq jours ouvrables suivant l'ouverture de la procédure. Les engagements présentés après ce délai ne peuvent pas être examinés dans le délai maximal ordinaire : celui-ci est porté à cent cinq jours ouvrables⁹¹¹. En tous les cas, les engagements doivent être communiqués à la Commission dans le délai de soixante-cinq jours ouvrables à compter de la date de l'engagement de la procédure⁹¹². La Commission peut toutefois accepter des engagements présentés après cette date⁹¹³. Ces engagements doivent proposer des mesures viables, claires et suffisamment précises pour pouvoir être testées rapidement. La Commission n'accepte ces engagements modifiés que si elle peut établir rapidement que de telles mesures supprimeront complètement les problèmes de concurrence constatés⁹¹⁴. En d'autres termes, les engagements présentés en retard doivent présenter le même degré de clarté en termes d'impact sur le marché que ceux présentés pendant la première phase du contrôle des concentrations. Lorsque les engagements ne sont pas suffisants, les parties peuvent apporter des modifications ; cependant, celles-ci ne peuvent être acceptées que si les parties démontrent que les engagements ainsi modifiés éliminent entièrement les problèmes identifiés⁹¹⁵.

Le délai ordinaire peut être prolongé également à la demande des entreprises concernées ou encore par la Commission avec l'accord de ces entreprises⁹¹⁶. Si la Commission peut recourir à ce prolongement à tout moment de la procédure, les entreprises doivent présenter une demande à cet effet au plus tard quinze jours

⁹⁰⁹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, art.10 paragraphe 2 et 3

⁹¹⁰ F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations... » op.cit. p. 573

⁹¹¹ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, op.cit. p.273

⁹¹² Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises *JO n° L 133 du 30/04/2004 p. 1*, art.19, paragraphe 2

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO, C 267, 22.10.2008, par. 94

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, art.10 paragraphe 3

ouvrables suivant l'ouverture de la procédure approfondie. La durée totale de ces prolongements ne peut pas dépasser vingt jours ouvrables. La prorogation suspend le délai maximal de soixante-cinq jours ouvrables dans lequel les engagements doivent être présentés. La possibilité de prolonger les délais, que ce soit à l'initiative de la Commission ou des parties, atténue la rigidité de la procédure, d'autant plus qu'un défaut pour la Commission de se prononcer dans ces délais équivaut à une déclaration de la compatibilité de la concentration avec le marché commun⁹¹⁷.

§ 2 Typologie des mesures correctives

Ce paragraphe a pour objectif de présenter les remèdes utilisés pour corriger les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration. A cette occasion, on va présenter de façon concrète le contenu des charges et des conditions prises par les entreprises, d'abord d'une manière plus générale, ensuite dans le secteur de l'énergie.

Les mesures correctives sont un outil classique du droit des concentrations, qui présente toutefois certaines caractéristiques lorsqu'elles sont appliquées en matière d'énergie.

§§ 1 Une appréciation globale des mesures correctives

Dans une procédure de notification d'une concentration devant la Commission deux possibilités s'offrent si elle estime que cette concentration pose un problème de concurrence.

Un refus constitue une mesure radicale parfois inefficace du point de vue du bien-être des consommateurs, voire de celui de la société⁹¹⁸.

Bien que permettant d'éviter l'apparition d'effets anticoncurrentiels, la Commission a également la possibilité de restreindre les effets pro-concurrentiels

⁹¹⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, art.10 paragraphe 6

potentiels du rapprochement entre entreprises. Si un problème de concurrence est suspecté, les parties peuvent tenter de garder leur opération en proposant à la Commission des engagements⁹¹⁹. Il convient d'éclairer un point qui a longtemps fait débat concernant la nature des engagements. Il ressort du texte du règlement que la Commission n'a aucun pouvoir d'imposer aux parties des engagements. En d'autres termes, elle ne peut pas fixer unilatéralement les conditions auxquelles serait soumise son autorisation de l'opération⁹²⁰.

Enfin, le Tribunal, dans son arrêt de 2005 concernant l'affaire EDP⁹²¹, a établi de façon claire que c'est sur la Commission que pèse la charge de prouver que les remèdes légalement proposés par les parties ne répondent pas aux problèmes de concurrence qu'elle a pu soulever.

La Commission ne peut qu'attendre que les parties lui soumettent des engagements pour pouvoir statuer sur la base de ces propositions⁹²². Elle a alors la possibilité de « *prendre une décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun après modifications apportées par les parties* »⁹²³. Si ces modifications sont déclarées suffisantes, l'opération pourra se réaliser, permettant aux consommateurs de bénéficier des bienfaits qui en découlent sans souffrir des effets anticoncurrentiels. Dans une telle hypothèse la décision de la Commission sera assortie de charges et de conditions « *destinées à assurer que les entreprises concernées se conforment aux engagements* »⁹²⁴. Elles constituent la traduction des engagements des parties⁹²⁵.

⁹¹⁸ Afin de protéger les consommateurs, la théorie économique recommande que le contrôle des concentrations sur les marchés de l'énergie devrait être plus prudente et plus sévères que dans d'autres secteurs

⁹¹⁹ A.JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*, 3th edition, 2007, Oxford press, p. 1077

⁹²⁰ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO, C 267, 22.10.2008, par. 6

⁹²¹ TPI, 21 septembre 2005, aff. n° T-87/05, *EDP c./Commission*, Rec. 2005, p.II - 3745

⁹²² TPI, 14 décembre 2005, aff. n° T-210/01, *GE c./Commission*, Rec. 2005 p. II-5575, point 52

⁹²³ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, JO C 267 du 22 octobre 2008, point 1.

⁹²⁴ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, art. 8 paragraphe 2

⁹²⁵ F.BLANC, J. BRUECKNER, Cl. RAKOVSKY, « Claude RAKOVSKY : EC Merger Remedies », *Concurrences*, n°1-2009, n°23235, p.3 ; Disponible sur : www.concurrences.com

En phase I⁹²⁶, si la Commission constate que la concentration « *soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun* »⁹²⁷, elle doit engager la procédure. Le règlement prévoit que les engagements présentés en première phase soient acceptés « *lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu* »⁹²⁸. L'enquête et l'analyse sont beaucoup plus approfondies lorsque des engagements sont proposés en phase II. La Commission peut prendre une décision de compatibilité⁹²⁹ après que les parties ont apporté des modifications, si la concentration n'entrave « *pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* »⁹³⁰.

§§ 2. Caractéristique des mesures correctives

Des mesures correctives doivent donc être exigées lorsque la concentration, porte atteinte à la concurrence dans le secteur. On doit dès lors déterminer le remède le plus approprié.

a. La classification traditionnelle des remèdes

De façon classique, les remèdes sont répartis en deux catégories⁹³¹. En premier lieu, les remèdes structurels ont pour but de restaurer la structure du marché telle qu'elle existait avant l'opération de concentration⁹³². L'intervention directe sur la structure du marché va ainsi permettre de maintenir ou de restaurer la concurrence. Les remèdes en question se caractérisent par leur irréversibilité. Leur

⁹²⁶ La première phase, en principe d'une durée de 25 jours ouvrables, a pour objet de permettre à la Commission de vérifier si l'opération entre dans le champ d'application du règlement et soulève des doutes sérieux. Conformément à la pratique l'article 6 du règlement autorise la Commission à négocier avec les parties. Au cas de doute sérieux s'ouvre la seconde phase. Cette phase est comme la première, une période de négociation.

⁹²⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 024 du 29 janvier 2004, art. 6 paragraphe 1 c)

⁹²⁸ *Ibid*, considérant 30.

⁹²⁹ *Ibid*, art. 8 paragraphe 2

⁹³⁰ *Ibid*, art. 2 paragraphe 2

⁹³¹ St.DAVIES, B.LYONS, *Mergers and Merger remedies in the EU: Assessing the consequences for competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p.13; M.MOTTA, M.POLO, H.VASCONCELES, « Merger Remedies in the EU: An Overview », *Symposium " Guidelines for merger remedies – prospects and principles "*, Ecole des Mines, Paris, January 17-18, 2002 p. 3

⁹³² TPI, 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor c./Commission*, Rec,1999, pII-753, point 300

succès dépend en partie du choix de l'acquéreur de la partie cédée. La cession est considérée comme le remède structurel le plus efficace⁹³³ dans la mesure où elle aide à créer ou à renforcer un concurrent⁹³⁴, prévenant ainsi l'accroissement d'un pouvoir de marché.

La seconde catégorie regroupe les remèdes dits comportementaux dont l'objectif consiste à contrôler les effets des changements intervenus sur la structure du marché⁹³⁵. Il s'agit d'intervenir sur le comportement des entreprises. Ainsi, les remèdes peuvent prévoir une obligation de se comporter d'une certaine façon telle que l'obligation de donner accès à certaines infrastructures ou technologies. Cela peut être le cas ou, à la suite d'une concentration verticale, les entreprises détiennent un bien considéré comme essentiel. L'autorité de concurrence doit s'assurer que l'accès est fourni dans des conditions non discriminatoires et à un prix raisonnable.

Il est à noter que même si les juges ont admis que les mesures correctives de type structurel étaient effectivement plus appropriées à la satisfaction des objectifs énoncés par le règlement, ils ont refusé le droit à la Commission de rejeter les mesures comportementales sans avoir vérifié au préalable leur capacité de satisfaire les objectifs posés⁹³⁶. Une combinaison de remèdes structurels et comportementaux peut être la solution optimale afin d'aboutir à l'autorisation d'un maximum d'opérations de concentration tout en assurant la présentation du processus concurrentiel sur les marchés pertinents⁹³⁷.

Ces solutions sont attractives dans la mesure où elles se caractérisent par une forte flexibilité. Néanmoins, l'exigence de contrôle de l'application de ces

⁹³³ D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, op.cit. p.280,

⁹³⁴ Communication sur les remèdes de 2008, op.cit., point 22

⁹³⁵ St.DAVIES, B.LYONS, *Mergers and Merger...* op.cit., p.13.

⁹³⁶ Dans ce sens on peut citer l'arrêt de la Cour du 15 février 2005 aff. C-12/03 *Tetra Laval*, Rec. 2005, p.I-987, qui dans son point 86 constate : « il a déduit d'un tel principe qu'il est indifférent que l'engagement proposé puisse être qualifié d'engagement comportemental ou d'engagement structurel et qu'il ne saurait être exclu a priori que des engagements à première vue de type comportemental, tels que la non-utilisation d'une marque pendant une certaine période ou la mise à la disposition des tiers concurrents d'une partie de la capacité de production de l'entreprise issue de la concentration, ou plus généralement l'accès à une infrastructure essentielle dans des conditions non discriminatoires, soient de nature eux aussi à empêcher l'émergence ou le renforcement d'une position dominante. »

⁹³⁷ K.BACHOUR, G.CONTE, P.EBERL, C.MARTINI, A.PAOLICCHI, Ph.REDONDO, A.VAN HAASTEREN, G.WILS, « *Gaz de France/Suez : Keeping energy markets in Belgium and France*

engagements en fait un remède complexe et moins facile à mettre en œuvre. Bien que certains auteurs considèrent cette classification comme étant trop simplificatrice⁹³⁸, elle apparaît comme une distinction pragmatique et suffisante pour les objectifs de ce travail. Toutefois une catégorie intermédiaire se dessine : les remèdes quasi-structurels. Ils n'ont pas pour objet d'agir directement sur la structure du marché mais ils ont souvent des conséquences à long terme. A titre d'exemple, on peut mentionner l'octroi d'une licence exclusive grâce à laquelle l'entreprise conserve la propriété mais ne peut pas disposer de certaines ressources⁹³⁹.

b. La mesure des performances des mesures correctives

Afin de comparer les performances des remèdes comportementaux et structurels, il faut d'abord définir des critères de performance. Selon la doctrine juridique, plusieurs critères peuvent être appliqués⁹⁴⁰. L'efficacité est le premier à examiner. Il s'agit de vérifier que la mesure a effectivement atteint son objectif. Une telle vérification se produit en deux étapes. La première étape consiste à définir précisément cet objectif. Il peut être de nature variée : restauration des conditions de concurrence prévalant avant la fusion, développement de nouvelles conditions de concurrence ou protection des consommateurs.

Un remède sera d'autant plus efficace qu'il ciblera exactement le problème de concurrence. Ainsi, un remède peut porter soit sur les outputs (prix, quantité, ou qualité du produit), soit sur l'organisation de la firme, soit sur les droits de propriété intellectuelle⁹⁴¹. Dans les cas de problèmes de concurrence liés à des

open and contestable through far-reaching remedies », *Competition Policy Newsletter*, 1(2007), p.83-91

⁹³⁸ F.LEVEQUE, « The Conduct v Structural remedies Controversy: an irrelevant dichotomy of Antitrust Policy Instrument », CERNA, *Working Paper*, Mai 2000, dans S. PAPON, « Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A case-by-Case Analysis », *E.C.L.R.*, issue 1, 2009, p.37: « *This conduct vs. Structural remedies controversy is based on an over-simplifying and confusing classification of antitrust policy instruments* ».

⁹³⁹ M.CHATELIN, S. SCHIPPERS, « Netherlands: Merger Control », *The European Antitrust Review*, Global Competition Review, 2009, p.155.

⁹⁴⁰ Cf. P.KELLEZI, *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante*, op.cit. , 75 et s

⁹⁴¹ Ibid.

positions dominantes horizontales, les cessions sont le remède le plus adapté. En revanche, pour remédier à certains problèmes d'intégration verticale et en particulier à des problèmes d'accès à des réseaux, des mesures comportementales peuvent être plus efficaces. Si la concentration conduit à un problème d'accès à une facilité essentielle, il faut en effet que les entreprises concentrant s'engagent à adopter une tarification non-discriminatoire⁹⁴². Cela suppose donc une mesure comportementale. Une seule cession pourrait atteindre l'objectif de tarification non-discriminatoire : la séparation complète des activités en amont et en aval, donc la revente d'une des deux activités. Cela revient à bloquer la fusion et à minimiser les efficiences dégagées par l'opération.

En second lieu, après avoir estimé que le remède a pu atteindre l'objectif, il faut vérifier que cela a été fait au moindre coût. La Commission européenne se charge des coûts de contrôle et de mise en place. N'ayant pas de moyens humains suffisants pour assumer ces tâches, elle les délègue à des mandataires (*trustee*). Ce sont eux qui sont en charge de vérifier si les engagements sont effectivement remplis par les parties. Leurs responsabilités sont précisées dans la notice sur les mesures correctives. Les mandataires doivent être indépendants des parties. Ils peuvent imposer toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect des engagements. Le mandat est spécifié dans la décision de la Commission, dans la partie relative à la description des engagements.

En troisième lieu, les remèdes doivent avoir des effets très limités sur les gains d'efficiences. Le principal motif des concentrations avancé par les entreprises est la création d'efficiences. VALLINDAS démontre qu'une opération de concentration ne créant aucune efficacité est néfaste pour le surplus social et pour le surplus des consommateurs⁹⁴³. Pour les maximiser, il faut minimiser la portée des remèdes. Les remèdes modifiant la structure des entreprises auront plus d'impacts sur les efficiences. Pour limiter la réduction des gains d'efficiences induits par ces cessions, il est nécessaire de délimiter au plus proche les entités à céder⁹⁴⁴. De plus, si l'envergure des remèdes est trop large, ceux-ci peuvent induire

⁹⁴² Ibid. p.130

⁹⁴³ G.VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.465

⁹⁴⁴ *Idib.* p.461 et s.

une remise en question de la viabilité de la fusion. Ainsi, les opérateurs électriques espagnols Endesa et Iberdrola ont préféré abandonner leur projet de concentration⁹⁴⁵. Le gouvernement espagnol leur imposait, en effet, de limiter leur part de marché à environ 40% (42% sur le marché de la production, 48%, sur le marché de la distribution et 40% sur le marché de la fourniture). De plus, il les obligeait à vendre leurs actifs par un système d'enchère et envisageait de réduire les subventions publiques venant en compensation des coûts irrécupérables. Au vu de ces remèdes très contraignants, les entreprises ont conclu que les parts de marché étaient trop limitées et la future régulation du secteur trop incertaine pour permettre d'espérer réaliser des synergies et des diminutions des coûts.

SECTION 2

Les mesures correctives dans le secteur de l'énergie

P. CAMERON considère que les mesures correctives prises dans le secteur de l'énergie ont essentiellement deux objectifs, à savoir la réduction du pouvoir de marché des entreprises concernées et le renforcement ou la création de l'accès au marché⁹⁴⁶.

Le bon fonctionnement du marché est un élément essentiel à prendre en considération lorsque l'on analyse les décisions dans lesquelles des engagements ont été proposés. La Commission remarque que les marchés énergétiques se caractérisent par une forte concentration et par des liens difficiles à établir entre les territoires nationaux⁹⁴⁷. La Commission a vu dans les mesures correctives un moyen d'avancer plus rapidement vers l'achèvement du marché intérieur de l'énergie.

Ayant rapidement pris conscience du fait que les entreprises avaient initié des opérations de restructuration afin de pouvoir se positionner sur les marchés en cours de libéralisation, la Commission a interdit une concentration dans le secteur

⁹⁴⁵ La Tribune, 23 novembre 2000

⁹⁴⁶ P. CAMERON, *Competition in energy markets, law and regulation in the European Union*, second edition, Oxford, 2007p.408

⁹⁴⁷ Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2005) 568 final.

énergétique à une seule reprise⁹⁴⁸. L'intérêt du marché commun exigeait une autorisation sous conditions en cas de problèmes de concurrence plutôt qu'un simple refus de tels rapprochements.

Le processus de libéralisation crée une difficulté supplémentaire. Les remèdes proposés par les parties doivent en effet préserver non seulement la concurrence actuelle très réduite, mais aussi la concurrence future appelée à se développer grâce à la libéralisation. En même temps, les mesures doivent être proportionnées au risque encouru. La difficulté réside dans le fait qu'il faut à la fois prévoir l'ampleur future du développement de la concurrence sur un marché particulier et l'impact de la concentration.

Les actions menées par la Commission démontrent l'importance qu'elle accorde à l'outil des mesures correctives. La DG Concurrence a mené une étude relative aux mesures correctives⁹⁴⁹ afin d'évaluer la pratique de ces mesures et leur efficacité. En 2008, la Commission a adopté une nouvelle Communication relative à ces engagements⁹⁵⁰. L'intérêt de ce texte réside dans le fait qu'il prend en compte différentes évolutions⁹⁵¹ afin de fournir de meilleures indications sur l'élaboration mais également sur la mise en œuvre et la surveillance des engagements. Si ce document ne change pas de façon substantielle la pratique actuelle de la Commission, il a pour objectif de la codifier afin de guider les parties lors de l'élaboration de leur proposition de remèdes. La commissaire à la Concurrence à cette époque, N. KROES, a énoncé que le but de ce document était « *d'assurer le recours à des mesures correctives encore plus efficaces à l'avenir* »⁹⁵².

Si cette Communication s'applique à toutes les concentrations, le secteur énergétique semble constituer une sorte de laboratoire d'expérimentation. Certaines

⁹⁴⁸ Décision de la Com. du 9 décembre 2004, aff. COMP/M.3440, *ENI/EDP/GDP*,

⁹⁴⁹ Commission européenne, DG Concurrence, Merger Remedies Study, octobre 2005, disponible sur : http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/remedies_study.pdf

⁹⁵⁰ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, JO C 68 du 2 mars 2001, p.3, remplacée par la Communication sur les remèdes, op.cit.

⁹⁵¹ A savoir la Merger Remedies Study, op.cit., les changements intervenus suite à la révision du règlement CE sur les concentrations notamment au regard du test applicable ; l'évolution jurisprudentielle.

⁹⁵² Communiqué de presse de la Commission du 22 octobre 2008, IP/08/1567

opérations sont citées à titre illustratif comme l'affaire *ENI/EDP/GDP*⁹⁵³ relative au possible refus des engagements lorsque la Commission se trouve dans l'impossibilité de déterminer leur efficacité⁹⁵⁴. Les affaires *DONG/Elsam/Energi E2*⁹⁵⁵ et *E.ON/MOL*⁹⁵⁶ illustrent les remèdes de type structurel⁹⁵⁷ ainsi que les mesures relatives aux considérations d'accès⁹⁵⁸. L'affaire *GDF/Suez*⁹⁵⁹ est citée dans la partie relative au mandataire dont le rôle de surveillance de la mise en œuvre des remèdes est réaffirmé.

Une clarification majeure, apportée par cette nouvelle Communication en application de la jurisprudence du Tribunal de Première Instance⁹⁶⁰ en matière d'énergie, porte sur la charge de la preuve. Elle indique qu'« *il incombe à la Commission d'établir si une concentration, telle que modifiée par les engagements valablement proposés, doit ou non être déclarée incompatible avec le marché commun parce qu'elle crée, en dépit des engagements, une entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective* »⁹⁶¹.

La Communication précédente prévoyait que les parties devaient démontrer que les mesures correctives permettaient d'éliminer les problèmes de concurrence identifiés⁹⁶². Ces références multiples aux affaires les plus récentes révèlent l'actualité et l'importance du thème des remèdes dans le secteur énergétique. Les engagements pris dans ce secteur ont donc servi de « *benchmark* » à la Commission pour évaluer la définition ainsi que la mise en œuvre de ces mesures correctives.

De façon générale la Commission a exprimé sa préférence pour les remèdes structurels⁹⁶³. Toutefois, les particularités du secteur énergétique supportent le

⁹⁵³ Décision de la Com. du 21.09.2005, aff. n° COMP/ M.3440 ENI/EDP/GDP

⁹⁵⁴ Communication sur les remèdes, op.cit., point 14.

⁹⁵⁵ Décision de la Com. du 14 mars 2006, aff. COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*

⁹⁵⁶ Décision de la Com. du 21 décembre 2005, aff. COMP/M.3696, *E.ON/MOL*

⁹⁵⁷ Communication sur les remèdes, op.cit., point 17.

⁹⁵⁸ *Ibid*, point 63.

⁹⁵⁹ *Ibid*, point 123; Décision de la Com. du 14 novembre 2006, aff. COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*

⁹⁶⁰ TPI 21 septembre 2005, *EDP c/ Commission*, aff. T-87/05, Rec. p.II-3745.

⁹⁶¹ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, point 8.

⁹⁶² Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, JO C 68 du 2 mars 2001, p.3, remplacée par la Communication sur les remèdes, préc., point 6.

⁹⁶³ G.VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, op.cit, p.465 et s.

recours éventuel aux remèdes comportementaux, encore que le processus de libéralisation en cours exige une plus forte flexibilité et une adaptabilité des remèdes essentielles⁹⁶⁴.

§ 1 Les différents types de remèdes

Dans ce premier paragraphe on va dresser un tableau non exhaustif des remèdes le plus souvent utilisés par la Commission dans sa pratique décisionnelle concernant le secteur de l'énergie. Une telle démarche permettra d'observer les interconnexions entre les remèdes et servira de base lors de l'analyse de l'activisme de la Commission.

§§ 1. La cession : un remède structurel essentiel

Selon la Commission, la cession d'une activité constitue « *le moyen le plus efficace de préserver* »⁹⁶⁵ la concurrence. L'objectif d'un tel engagement est de « *créer les conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants* »⁹⁶⁶. Dans sa Communication, la Commission indique que dans le cas de problèmes de concurrence au niveau horizontal, la cession constitue l'engagement le plus approprié. En cas de difficultés d'ordre vertical ou congloméral, ce type de remède pourrait également constituer une solution adéquate. Les concentrations entre DONG/Elsam/Energi E2⁹⁶⁷ et E.ON et MOL⁹⁶⁸ peuvent être citée à titre illustratif⁹⁶⁹.

Le terme de cession recouvre différentes réalités. Tout au début les cessions devaient recouvrir un ensemble des actifs corporels et incorporels⁹⁷⁰. Selon la Communication c'est nécessaire pour que cette activité puisse devenir un

⁹⁶⁴ *Ibid.* p.466

⁹⁶⁵ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, point 22

⁹⁶⁶ *Ibid*

⁹⁶⁷ Décision de la Com. du 14 mars 2006, aff. COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*, considérants 170 et s.

⁹⁶⁸ Décision de la Com. du 21 décembre 2005, aff. COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, considérants 735 et s.

⁹⁶⁹ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, point 17.

⁹⁷⁰ D.BERLIN, *Contrôle des concentration* op.cit. p.280

concurrent viable sur le marché⁹⁷¹. Il peut s'agir d'abord d'une cession d'actifs. Dans ce cas l'entreprise est obligée de se séparer de l'une de ses activités. Ainsi dans l'affaire DONG/Elsam/Energi E2, la société DONG a proposé de céder la plus grande de ses infrastructures de stockage. Ce remède a été accepté par la Commission qui y a vu un moyen d'établir un second opérateur actif sur le marché danois du stockage de gaz ainsi que de renforcer l'effet de séparation des infrastructures⁹⁷². O, comme remarque la doctrine, c'est un exemple de séparation entre la possession d'infrastructures et les activités sur le marché de gros⁹⁷³.

En second lieu, ce remède peut concerner la cession par l'entreprise concernée de participations qu'elle détient dans une entreprise concurrente afin d'éliminer les liens entre les compagnies. Il va donc s'agir de cession de parts ou, à titre exceptionnel, de « *la renonciation aux droits liés aux parts minoritaires chez un concurrent* »⁹⁷⁴. La Commission a donné son accord à la concentration entre GDF, opérateur historique dans le secteur du gaz en France, et Suez, une entreprise belge en 2006⁹⁷⁵. Ces deux entités se caractérisaient par leur intégration verticale ainsi que leurs activités sur les marchés voisins, chacune étant présente sur le marché national de l'autre. Cette affaire a soulevé des problèmes concurrentiels à la fois horizontaux et verticaux telle la réduction de la pression concurrentielle exercée par ces entreprises l'une sur l'autre⁹⁷⁶. Elle aurait eu pour résultat de renforcer la position dominante de la nouvelle entité, du fait de l'existence de fortes barrières à l'entrée. En conséquence le degré de concentration sur les marchés belge et français se serait accru. Les remèdes proposés étaient en ligne avec les données de l'enquête sectorielle selon laquelle il était nécessaire de rechercher des solutions structurelles⁹⁷⁷. Suez et GDF ont accepté, entre autres, de céder à des tiers leur participation respectivement dans Distrigaz et SPE. Une

⁹⁷¹ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, p.45

⁹⁷² V. aff.n°COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*, considérant 707

⁹⁷³ N. BROMFIELD et M.LEVITT, « Merger Control in Energy Transactions », *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control*, 2008, Global legal Group, p18, www.iclg.co.uk

⁹⁷⁴ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, point 59.

⁹⁷⁵ V. Décision de la Com. du 14 .11.2006, aff. n° COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*

⁹⁷⁶ K.BACHOUR, G.CONTE, P.EBERL, C.MARTINI, A.PAOLICCHI, Ph.REDONDO, A.VAN HAASTEREN, G.WILS, « Gaz de France/Suez : Keeping energy markets in Belgium and France open and contestable through far-reaching remedies », *Competition Policy Newsletter*, 1(2007), p.83

⁹⁷⁷ Communiqué de presse de la Commission du 14 novembre 2006, IP/06/1558

solution similaire avait été proposée par les parties dans l'affaire *E.ON/MOL*⁹⁷⁸. Dans son analyse des engagements de scission de l'actionnariat, la Commission met en exergue le rôle d'un tel remède à savoir « *la dissolution du lien structurel entre les parties* »⁹⁷⁹. En conséquence, cette scission permet d'éliminer « *les motifs qu'aurait MOL E&P d'adopter un comportement discriminatoire vis-à-vis des futurs exploitants potentiels de sites de stockage de gaz* »⁹⁸⁰.

Malgré l'intérêt que présentent ces remèdes, certaines faiblesses ont été identifiées. Ainsi l'entreprise devant céder une partie de ses activités a souvent tendance à choisir un acheteur qui n'est pas considéré comme un concurrent dangereux pour elle. Pour pallier cette difficulté pratique, la Communication accentue le rôle fondamental joué par le choix de l'acquéreur potentiel dans le cadre d'une cession. Ce texte évoque les conditions relatives à l'acquéreur, son « *caractère approprié* »⁹⁸¹ ainsi que son identification. De plus, les parties à la concentration peuvent proposer un acquéreur que la Commission approuve ou refuse. La Commission examine la situation de l'acquéreur en fonction « *de l'objet des engagements* »⁹⁸². L'objectif de cette mesure est de s'assurer que l'acheteur sera en position, dès l'achat, d'exercer une concurrence effective sur le marché concerné afin de rendre les engagements pris par les partis efficaces.

§§ 2. Les programmes de cession d'énergie

Certaines opérations de concentrations dans le secteur énergétique donnent lieu à un engagement des parties de type spécifique. Il s'agit de la cession aux concurrents souvent potentiels de volumes/de capacités de production d'énergie pour une certaine durée. La facilitation de l'entrée de concurrents sur le marché constitue l'objectif principal de ce remède. En pratique il est parfois difficile pour les parties de proposer une cession au sens structurel, notamment lorsqu'aucune entité n'atteint une taille suffisante pour pouvoir agir de façon indépendante sur le marché⁹⁸³ ou s'il apparaît difficile de trouver un acheteur capable d'exercer une

⁹⁷⁸ V. Décision de la Com. du 21.12.2005, aff. n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*

⁹⁷⁹ *Ibid*, point 763

⁹⁸⁰ *Ibid*, point 764

⁹⁸¹ *Ibid*, point 47

⁹⁸² *Ibid*, point 102

⁹⁸³ V.LANDES, « Remedies in energy mergers », dans C.JONES,(ed.), *EU energy law, EU Competition Law and Energy Markets*, Vol. II, Claeys & Casteels, Leuven, 2nd edition, 2007, p.512.

réelle contrainte concurrentielle sur le marché. Dans une telle situation la Commission accepte des remèdes parfois dénommés quasi-structurels : les programmes de cession de gaz ou d'électricité. Dans ce dernier cas, on parle de capacités virtuelles de production (Virtual Power Plants). Un tel remède consiste en l'engagement temporaire de l'entreprise concernée à donner accès aux concurrents à des capacités de production et ce afin de réduire les barrières à l'entrée et d'accroître la flexibilité sur les marchés de gros, l'acheteur pouvant par la suite utiliser lui-même l'électricité ou la revendre⁹⁸⁴.

a. Les programmes de cession de gaz

En ce qui concerne le gaz, il s'agit pour l'entreprise d'en céder un certain volume pendant un nombre d'années déterminé⁹⁸⁵. Ces programmes de cession d'énergie facilitent l'entrée de concurrents dans la mesure où le plus souvent l'entité résultant de la concentration détient une position dominante sur l'accès aux ressources ou possède les capacités de production. Ainsi, ces programmes permettent à cette entité de conserver la propriété de ses installations/de ses ressources tout en fournissant aux nouveaux entrants les moyens de débiter leur activité plus rapidement et à moindre coût⁹⁸⁶. Les concurrents ont la possibilité de se constituer une base de clientèle sans avoir à faire des investissements très coûteux tels que la construction d'une centrale électrique ou l'achat à long terme de contrats gaziers.

Ce type de remède a été proposé pour la première fois par les entreprises E.ON et MOL avec pour objectif de mettre du gaz à disposition sur le marché de gros⁹⁸⁷. E.ON s'est ainsi engagée à en céder de larges volumes pendant une durée de huit ans⁹⁸⁸. Malgré l'attrait de ce remède et sa prise d'importance conséquente, certaines difficultés sont apparues dans son élaboration mais également dans sa mise en œuvre.

⁹⁸⁴ Décision de la Com. du 07.02.2000, aff. n° COMP/M.1853 *EDF/EnBW*, considérant 95 et s.

⁹⁸⁵ S.VERDE, « Mergers and Energy : New Emerging Market Structure and Competition Issues », *Working Paper*, 2006, p.12

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ V. Décision de la Com. du 21.12.2005, aff. n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, considérant 742 et s.

⁹⁸⁸ *Ibid.* considérant 741

En ce qui concerne son élaboration, les volumes d'énergie ou les capacités de production cédées doivent être suffisants pour remédier au problème de concurrence. Il s'agit de donner une chance réelle aux acheteurs de s'implanter sur le marché et d'exercer une pression concurrentielle concrète sur la nouvelle entité. Quant à la durée, elle doit également être suffisante pour que la structure du marché et les conditions évoluent vers une concurrence effective⁹⁸⁹. Il faut également tenir compte des intérêts de l'entreprise issue de la concentration afin de ne pas la pénaliser de façon excessive en imposant une durée trop longue et/ou un volume trop important⁹⁹⁰. Or, le droit de la concurrence et en particulier le droit du contrôle des concentrations ne devrait pas poursuivre un tel objectif.

D'autre part, ce programme requiert pour sa mise en œuvre une surveillance accrue par les autorités de concurrence, surveillance qui nécessite des moyens financiers et humains importants dont les autorités, notamment la Commission, ne disposent pas toujours⁹⁹¹.

Une autre difficulté réside dans le mode de cessions d'énergie. Elles peuvent s'effectuer de deux façons différentes à savoir par contrats bilatéraux ou par voie d'enchères. Cette dernière méthode limite les risques de discrimination, toute entreprise ayant la possibilité de participer aux enchères. Toutefois, des doutes ont été soulevés.

La mise en place d'enchères de façon répétée présenterait le risque que la nouvelle entité issue de la concentration ne maintienne des prix élevés⁹⁹², l'enchère la plus haute remportant le contrat.

Enfin, l'efficacité pratique de ces programmes requiert la mise en place de garanties. Il faudra notamment s'assurer que le ou les acheteurs ont accès au réseau de transport ainsi qu'aux infrastructures de stockage. De même les clients doivent pouvoir être libérés de leurs obligations contractuelles par rapport à l'entreprise concernée afin que les nouveaux entrants puissent se constituer une base de

⁹⁸⁹ *Ibid.* considérant 771

⁹⁹⁰ *Ibid.* considérant 776

⁹⁹¹ G.VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire ...*, op.cit. p.467

⁹⁹² G.FEDERICO, « European electricity mergers Understanding unilateral effects », *European Competition Seminar*, Amsterdam, 5 juin 2008

clientèle. Ainsi, dans l'affaire *DONG/Elsam/E2*⁹⁹³, l'entreprise DONG s'est engagée à céder des volumes à ses concurrents correspondant à environ dix pourcent de la demande nationale danoise chaque année pendant sept ans⁹⁹⁴. Ce remède s'accompagnait d'une clause libératoire dont l'objectif était de permettre aux clients de renégocier à la baisse leurs obligations d'achats auprès de DONG lorsqu'ils « *acquièrent des quantités de gaz directement dans le cadre du programme de cession de gaz ou auprès de fournisseurs qui acquièrent les quantités de gaz correspondantes dans le cadre de ce programme* »⁹⁹⁵.

La Commission a également précisé l'importance de l'existence d'une clause de révision accompagnant ces programmes rappelant que « *[l]'expérience a montré que pour qu'un programme de « cession de gaz » fonctionne, il était important de pouvoir revoir ses modalités de mise en œuvre, afin de résoudre les difficultés rencontrées dans l'exécution pratique du programme* »⁹⁹⁶. Les conditions de la cession peuvent faire l'objet d'une réévaluation en fonction de l'évolution de la situation concurrentielle des marchés. On remarque ici l'avantage de la flexibilité que présentent les remèdes comportementaux par rapport aux remèdes structurels, la situation réelle des marchés pouvant être appréciée afin de réaliser les adaptations nécessaires.

b. Les programmes de cession d'électricité : Virtual Power Plant

Le programme de cession d'électricité est fondé sur le même raisonnement que les programmes de gaz : une cession temporaire des capacités, sans modifier le portefeuille des opérateurs⁹⁹⁷. Le Virtual Power Plant pourrait être défini comme un contrat par lequel l'opérateur concerné s'engage à vendre une partie de sa génération, mais sans modification sur la propriété des capacités de production⁹⁹⁸.

⁹⁹³ V. aff.n°COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*

⁹⁹⁴ *Ibid*, point 712

⁹⁹⁵ *Ibid*, point 734

⁹⁹⁶ V. aff.n°COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, point 797.

⁹⁹⁷ S.VERDE, « Mergers and Energy ... », *op.cit.* p.15

⁹⁹⁸ Ch.VON HIRSCHHAUSEN, A. NEUMANN, H.WEIGT, « Divestiture as an Instrument of a Pro-active Competition Policy : Conceptual Issues and Lesson from International Experiences », *Working paper*, novembre 2007, Dresden University of Technology, p.18

Les avantages d'un tel outil, si on les compare avec les cessions effectives des activités électriques, pourraient être trouvés dans la souplesse qui peut être assurée, dans le niveau assez bas des coûts liés à l'opération, dans la faible opposition politique à la réparation et la réversibilité de l'outil⁹⁹⁹. Ces caractéristiques font du VPP un remède très attrayant, notamment dans une période de transition où la libéralisation est en cours d'introduction.

Ce type de remède est encore très innovant, puisque, jusqu'à 2001 seules des cessions d'actifs ou des remèdes de commande et de contrôle étaient utilisées¹⁰⁰⁰. Pour la première fois la Commission utilise ce type de remède dans sa décision sur la concentration EDF/EnBW¹⁰⁰¹.

Dans ce cas, EDF doit vendre 6000 MWh à des concurrents dont 5000 MWh en VPP et 1000 en back to back agréments¹⁰⁰². EDF ne doit procéder à cette vente d'option que pendant les trois années suivantes¹⁰⁰³. Si, au terme de cette période, les parts de marché des concurrents d'EDF (sur les clients éligibles) sont suffisamment importantes, la mesure n'est pas reconduite¹⁰⁰⁴. EDF est donc incitée à permettre l'installation d'une situation concurrentielle sur le marché français.

Les VPP demandés à EDF dans le cadre de la fusion EDF/EnBW se rangent, a priori, dans le cadre des remèdes incitatifs. En effet, si les parts de marché d'EDF sur les clients éligibles baissent de façon suffisante, EDF ne doit vendre ces options que pendant 3 ans : l'intérêt d'EDF est donc de laisser une place à ces concurrents et de retrouver le plus vite possible un niveau de concurrence suffisamment élevé. EDF cherche donc à atteindre le même but que la Commission.

§§ 3. Les remèdes comportementaux d'accès

Lorsqu'une entreprise est verticalement intégrée, elle a naturellement un incitant à tenter de limiter l'accès de ses concurrents aux infrastructures dont ils ont besoin afin d'exercer leur activité. Pour ce faire l'entreprise pourra soit refuser cet accès ou bien, de façon moins directe, l'accorder mais à des prix élevés, à des

⁹⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰⁰ En général cette mesure est fortement utilisée par les autorités de concurrence nationales.

¹⁰⁰¹ Décision de la Commission du 07.02.2000, aff. n° COMP/M.1853 EDF/EnBW

¹⁰⁰² Ibid. considérant 93

¹⁰⁰³ Ibid. considérant 94

conditions discriminatoires. Les remèdes comportementaux permettent d'éliminer ce risque sans toutefois obliger l'entreprise propriétaire à céder les infrastructures.

Dans le secteur de l'énergie, la Commission a accepté deux grands types de remèdes appartenant à cette catégorie¹⁰⁰⁵. Il peut d'abord s'agir d'une obligation de donner l'accès à une infrastructure. Ainsi dans la concentration entre les entreprises MOL et E.ON, celle-ci s'est engagée à fournir l'accès aux infrastructures de stockage et ce à un prix régulé. La Commission a considéré que cet engagement était suffisant pour « *accorder un accès effectif et non discriminatoire aux capacités de stockage pour les volumes de gaz en cause* »¹⁰⁰⁶. Sans accès aux infrastructures de stockage et de transport, les programmes de cession de gaz ne pourraient pas être mis en œuvre et seraient ineffectifs.

Dans un second temps, la Commission a accepté l'engagement des parties de libérer ou d'augmenter les capacités des interconnecteurs. Comme on l'a vu, ces derniers n'ayant pas été construits pour être utilisés à des fins commerciales, leurs capacités sont réduites et souvent très faiblement disponibles pour les concurrents. Les entreprises propriétaires ont ainsi un incitant à conserver les capacités pour leur propre usage. Ce remède a été utilisé dans les affaires *VEBA/VIAG*¹⁰⁰⁷ ou encore *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantabrio*¹⁰⁰⁸. On pense également à l'engagement dans l'affaire *GDF/Suez*¹⁰⁰⁹ de réaliser des investissements sur les marchés français et belge afin d'améliorer les infrastructures, pour pouvoir améliorer la concurrence sur ces marchés.

§§ 4. Les engagements relatifs aux contrats

Il existe un autre remède, proche des programmes de cession d'énergie : les programmes de cession de contrats. Ce remède permettant d'éliminer les risques de comportements discriminatoires et anticoncurrentiels qu'aurait pu adopter la nouvelle entité, il a été accepté pour pallier les problèmes de concurrence posés par

¹⁰⁰⁴ *Ibid.* considérant 99 et s.

¹⁰⁰⁵ V.LANDES, op.cit, p.518 à 525.

¹⁰⁰⁶ V. aff.n°COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, point 818.

¹⁰⁰⁷ Décision de la Commission du 13 juin 2000, aff. COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*.

¹⁰⁰⁸ Décision de la Commission du 26 septembre 2001, aff. COMP/M.2434, *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*,

le rapprochement entre MOL et E.ON. E.ON s'est engagée à céder la « *moitié de contrat de fourniture de gaz de dix ans conclu avec MOL E&P* »¹⁰¹⁰. L'avantage de ce remède est qu'il procure à l'acheteur une source d'approvisionnement pour une période suffisamment longue lui permettant de se développer de manière effective sur le marché concerné¹⁰¹¹.

La cession de contrat se rapproche d'un remède structurel en ce sens qu'elle est définitive, cependant une difficulté subsiste. Le consentement des deux parties au contrat étant requis, cela signifie qu'un tiers de l'opération de concentration sera concerné de façon directe par ce remède¹⁰¹². Ce transfert devra donc être négocié.

Le second remède relatif aux contrats et mis en œuvre dans le secteur de l'énergie est la résiliation des contrats d'achat à long terme. Il s'agit de permettre aux clients de l'entreprise concernée de terminer de façon anticipée leurs contrats de fourniture de gaz, ceux-ci étant souvent des contrats à long terme¹⁰¹³. Un tel remède permet lui aussi de rendre effectifs d'autres engagements. Même si l'entrée de concurrents est facilitée, l'existence de contrats de fourniture à long terme rend illusoire toute possibilité de développement de la concurrence.

§§ 5. Les « *remedy packages* » : illustration de l'activisme de la Commission

Même si les différentes catégories de remèdes ont été analysées séparément, il serait incorrect de les considérer indépendamment les unes des autres lors de leur évaluation. Les affaires de concentration dans le secteur de l'énergie illustrent l'acceptation par la Commission de combinaisons de remèdes dénommées « *remedy packages* ».

La Commission a exprimé à plusieurs reprises sa préférence pour les remèdes structurels qui permettent une solution claire et facile à mettre en œuvre, ne nécessitant pas de surveillance. En pratique, la plupart du temps une

¹⁰⁰⁹ V. aff.n°COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*

¹⁰¹⁰ Communiqué de presse de la Commission du 21 décembre 2005, IP/05/1658

¹⁰¹¹ V.LANDES. op.cit, p.528.

¹⁰¹² P.CAMERON, op.cit, p.410

¹⁰¹³ Décision de la Com. du 14.03.2006, aff. n° COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*,

combinaison de différents remèdes de nature à la fois structurelle et comportementale ou quasi-structurelle est proposée par les parties. Comme on l'a vu, les engagements comportementaux ou quasi-structurels permettent souvent de compléter les engagements de cession en ce sens que sans eux, ces derniers ne donneraient pas en pratique la possibilité à la concurrence de se développer de façon satisfaisante¹⁰¹⁴. Les engagements structurels ne permettent pas la flexibilité nécessaire à une industrie en voie de libéralisation. Les autres types de remèdes injectent de la flexibilité dans les marchés, permettant ainsi de prendre en compte l'état d'avancement de la libéralisation et l'état concurrentiel des marchés.

Malgré cette apparente prééminence des remèdes structurels, le Tribunal de Première Instance semble considérer que ceux-ci ne sont pas le seul moyen de remédier aux difficultés de concurrence posées par une opération de concentration. Il énonce que «*les engagements comportementaux ne sont pas insuffisants de par leur nature pour empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante et doivent être appréciés au cas par cas au même titre que les engagements structurels* »¹⁰¹⁵. Ainsi, il apparaît erroné de considérer que les parties doivent dans chaque cas proposer des remèdes structurels, les remèdes comportementaux n'étant que complémentaires¹⁰¹⁶.

Enfin, les remèdes proposés par les parties dans le secteur de l'énergie vont souvent loin et concernent de nombreux aspects de la concentration. La Commission emploie le terme de «*far-reaching remedies* »¹⁰¹⁷. Ceux-ci sont le plus souvent considérés comme innovants¹⁰¹⁸. On a en vue l'engagement de céder des capacités de transmission des interconnecteurs ou d'en augmenter les capacités.

¹⁰¹⁴ supra pages 318

¹⁰¹⁵ TPI, 21 septembre 2005, aff. T-87/05, *EDP c./ Commission*, Rec. 2005, p. II-3745, point 100

¹⁰¹⁶ V.LANDES. op.cit., p.498.

¹⁰¹⁷ IP/06/1558, op.cit, déclaration de N. KROES

¹⁰¹⁸ C.BARTOK, S.MOONEN, P.LAHBABI, A.PAOLICCH, M. DE LA MANO, «A combination of gas release programmes and ownership unbundling as remedy to a problematic energy merger: E.ON / MOL », *Competition Policy Newsletter*, n°1, 2006, p.78. disponible sur http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_1_73.pdf

§ 2 L'approche dynamique de la Commission

De nombreux commentateurs¹⁰¹⁹ soulignent le caractère dynamique de l'approche suivie par la Commission dans son appréciation des remèdes proposés par les parties. L'état d'avancement du processus de libéralisation dans les Etats membres est pris en compte afin que les mesures soient adaptées au contexte particulier du marché concerné. Des raisons techniques, économiques ou politiques peuvent justifier une mise en œuvre de la libéralisation plus ou moins rapide. Etant donné le rôle des mesures correctives, il apparaît qu'une appréciation purement statique des effets de la concentration amènerait la Commission, dans de nombreux cas, à bloquer l'opération.

Une analyse dynamique, au contraire, permet de considérer tous les aspects de l'opération. Si des effets positifs apparaissent, il semble inopportun d'interdire l'opération à condition bien évidemment que les aspects négatifs soient éliminés ou compensés par les mesures correctives. L'affaire *E.ON/MOL*¹⁰²⁰ illustre la prise en compte de ces éléments par la Commission qui « *a analysé le marché à la fois dans le cadre réglementaire hongrois en vigueur et dans ce que deviendra probablement ce cadre à l'avenir, lorsque les marchés du gaz et de l'électricité auront été entièrement déréglementés en juillet 2007* »¹⁰²¹. De même, dans l'affaire *DONG/Elsam/E2*¹⁰²², c'est le degré de libéralisation du marché danois à cette époque ainsi que le cadre réglementaire en place qui ont été pris en considération.

Une telle approche des difficultés de concurrence pouvant naître de l'opération proposée ainsi que de l'évaluation des remèdes n'en semble que plus pertinente. Les remèdes acceptés par la Commission « *contribute to integrate European gas markets without compromising the objective of ensuring that significant quantities of gas would be released in Denmark in order to solve the antitrust concerns raised by the transaction* »¹⁰²³.

¹⁰¹⁹ M.ALBERS, « The New EU Directives on Energy Liberalization from a Competition point of view », in P.CAMERON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, 2005, p.53

¹⁰²⁰ V. aff.n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*

¹⁰²¹ IP/05/1658,

¹⁰²² V. aff.n° COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*,

¹⁰²³ V. LANDES. op.cit, p.518.

L'action de la Commission a fait l'objet de nombreuses critiques, en particulier par rapport à sa dérive vers l'adoption d'un comportement proche de celui d'un régulateur sectoriel.

La Communication sur les mesures correctives précise que les engagements pris par les parties doivent « *être complets et efficaces à tous points de vue. Ils doivent en outre pouvoir être exécutés de façon effective et dans des délais rapides [...]* »¹⁰²⁴.

Malgré cette affirmation de la part de la Commission, la question de l'efficacité des remèdes reste débattue et ceci malgré l'évidence, d'un point de vue économique, c'est la question centrale : les remèdes proposés vont-ils permettre de résoudre les problèmes de concurrence résultant de l'opération en cours ? Les affaires *VEBA/VIAG*¹⁰²⁵ et *Verbund/EnergieAllianz*¹⁰²⁶ ont retenu l'attention de certains commentateurs qui soulignent notamment le manque d'efficacité des remèdes¹⁰²⁷. La mise en œuvre des engagements n'aurait pas eu les effets escomptés sur la structure du marché.

Selon A. CHRISTIANSEN, deux facteurs déterminants conduisent à ce potentiel manque d'efficacité. Tout d'abord, l'évaluation d'une opération de concentration contient inévitablement une marge d'incertitude importante dans la mesure où elle donne lieu à des spéculations relatives au développement futur des marchés. Cela semble particulièrement pertinent en ce qui concerne l'énergie, une industrie dont la libéralisation n'est pas encore achevée.

Il note en second lieu la difficulté liée à l'asymétrie d'information et aux différents incitants qu'ont les entreprises concernées. Celles-ci peuvent adopter une stratégie visant à amoindrir l'efficacité de ces remèdes. Par exemple il peut s'agir

¹⁰²⁴ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission point 9

¹⁰²⁵ V. aff. n°COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*,

¹⁰²⁶ Décision de la Commission du 11 juin 2003, aff. COMP/M.2947, *Verbund/EnergieAllianz*,

¹⁰²⁷ A. CHRISTIANSEN, « Regulation and EU Merger Control in the Liberalised Electricity Sector », *working paper*, Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=870551>

pour elles de choisir l'acquéreur des activités cédées dans des conditions qui les avantagent¹⁰²⁸.

Il semble que ce soit la raison pour laquelle les remèdes deviennent de plus en plus complexes et affinés. Souvent ces combinaisons sont qualifiées de « *complex and innovative packages* »¹⁰²⁹. Toutefois, C. RAKOVSKY¹⁰³⁰ n'estime pas que les remèdes se complexifient. Il ajoute que « *although we would not reject a remedy simply due to its complexity, we might well reject a proposal if it appears that its effective implementation is doubtful* »¹⁰³¹. Cette citation indique que l'amélioration de la conception des remèdes permettra certainement d'en améliorer l'efficacité.

L'appréciation de cette efficacité a posteriori reste toutefois délicate. Il semble que la Commission ait pris note de cette difficulté. Tout d'abord, une enquête relative aux remèdes dans le cadre des concentrations a été lancée. La question de leur effectivité occupe une partie de l'étude¹⁰³². De plus, alors que l'on pouvait penser qu'elle faisait preuve de bonne volonté à l'égard des remèdes proposés par les parties, les remaniant toutefois quand nécessaire, la Commission a refusé l'acquisition de l'opérateur portugais GDP¹⁰³³ par les entreprises EDP et ENI, les mesures correctives étant insuffisantes.

Le point 30 du règlement énonce que les « *engagements devraient être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement* »¹⁰³⁴. Les remèdes proposés par les parties devraient avoir pour seul objet la résolution du problème de concurrence posé par la concentration. Or, beaucoup d'auteurs considèrent que la Commission accepte régulièrement des engagements allant au-delà de ce qui est nécessaire à la résolution des problèmes identifiés. Elle violerait ainsi le règlement communautaire en outrepassant les pouvoirs qu'il lui attribue.

¹⁰²⁸ *Ibid*, p.13-14.

¹⁰²⁹ C/BARTOK, S.MOONEN, P.LAHBABI, A.PAOLICCH, M. DE LA MANO, *op.cit*, p.78

¹⁰³⁰ En tant que Chef d'Unité "Antitrust and Merger Policy and Scrutiny", DG Concurrence, Bruxelles

¹⁰³¹ F.BLANC, J.BRUECKNER, Cl. RAKOVSKY, *op.cit.*, p.3

¹⁰³² Merger Remedies Study, *op.cit.* p.126 – 139

¹⁰³³ V. aff. n°COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP, confirmée par le juge communautaire : TPI, 21 septembre 2005, aff. T-87/05, *EDP c./ Commission*, Rec. 2005, p. II-3745,

¹⁰³⁴ Règlement (CE) 139/2004 sur les concentrations, point 30.

M. PIERGIOVANNI opère une distinction entre deux types de remèdes acceptés par la Commission dans le secteur d'énergie. Tout d'abord il considère ceux dont l'objectif est simplement de restaurer une concurrence effective sur les marchés. Puis, il analyse ceux qui visent davantage à réguler le marché¹⁰³⁵. Même s'il revient aux parties de proposer des engagements, la Commission souhaiterait qu'ils aient une portée plus large que simplement remédier à un problème spécifique. Cette exigence accroît le risque de voir les entreprises proposer des remèdes allant parfois très loin, au-delà de la résolution du problème de concurrence. On peut étayer cette constatation en étudiant l'influence de ces remèdes sur la restructuration du marché allemand, français et espagnol.

§§ 1 Restructuration du marché allemand via les fusions entre RWE et VEW et Veba et Viag

La concentration entre les électriciens verticalement intégrés RWE et VEW, ayant formé par la suite le groupe E.ON¹⁰³⁶, conjointement à la fusion entre Veba et Viag, a conduit à la restructuration du secteur électrique allemand. En décembre 1999, Veba et Viag, respectivement deuxième et troisième opérateur électrique allemand en termes d'électricité produite, notifient leur projet de fusion à la Commission européenne. Dès février 2000, deux mois après cette révélation, RWE, premier opérateur, dévoile son intention de fusionner avec le sixième opérateur, VEW. Cette concentration lui permet ainsi de rester le leader sur ce marché. L'évaluation de cette seconde opération était du ressort des autorités de concurrence nationale, le seuil des 2/3 de chiffre d'affaires réalisé dans un seul Etat membre étant dépassé. Néanmoins, le Bundeskartellamt et la Commission européenne ont travaillé en partenariat pour analyser ces opérations. Ainsi, les décisions prises et les mesures correctives conditionnant l'autorisation des fusions ont été identiques dans les deux affaires.

Afin d'étudier les décisions, il est nécessaire de revenir sur la structure industrielle dans le secteur électrique en Allemagne en 1999. Avant ces

¹⁰³⁵ M. PIERGIOVANNI, « EC Merger Control Regulation and the Energy Sector: An analysis of the European Commission's Decisional Practice on Remedies », *Journal of Network Industries*, Volume 4, n°3, 2003, p.227.

¹⁰³⁶ Décision du Bundeskartellamt B8 - 309/99 du 3 juillet 2000 ,RWE/VEW

concentrations, 8 opérateurs électriques se partageaient le marché. De nombreuses participations croisées liaient les opérateurs les uns avec les autres¹⁰³⁷.

Les autorités de la concurrence jugeaient que le marché allemand présentait de forts risques de collusion¹⁰³⁸. Ces facteurs ne permettent qu'une analyse superficielle du risque de collusion. Rappelons que trois conditions, fixées par la jurisprudence de la Cour, doivent être remplies pour rendre la collusion probable : le marché doit être transparent, le système de punition crédible et la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels, ainsi que des consommateurs, ne doit pas remettre en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune¹⁰³⁹. Concernant le premier point, le produit étant homogène¹⁰⁴⁰, les prix sont effectivement comparables. Cependant, tous ne sont pas publics. En effet, une grande partie de l'électricité est vendue via des contrats bilatéraux dont les termes exacts ne sont pas connus des tiers. Les tarifs pratiqués dans ces conditions par les opérateurs restent une information inobservable. Les prix sur les bourses électriques donnent des informations sur les tendances, mais ne permettent pas de connaître les prix d'échange. Néanmoins, les contacts entre les différents concurrents étaient fréquents¹⁰⁴¹. L'Allemagne avait opté pour un système d'autorégulation. Les concurrents devaient se rencontrer régulièrement pour s'accorder sur les accords de branche. Cela favorise la collusion et permet de soutirer des informations. si un opérateur dévie, il peut à court terme augmenter son profit. Il engage alors une nouvelle guerre des prix et diminue son profit de long terme. La punition en cas de déviation d'un concurrent était crédible. En 1998, juste après l'ouverture du secteur électrique, les opérateurs se sont engagés dans une guerre des prix. Dans certains cas, les marges des opérateurs sont devenues quasiment nulles. Au moment des deux fusions RWE/VEW et Veba/Viag, le processus de libéralisation débutait à peine en Europe. Des barrières à l'entrée protégeant un marché encore national, les opérateurs allemands étaient à l'abri de la concurrence de l'étranger.

¹⁰³⁷ V. aff. n°COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*, p.48

¹⁰³⁸ Ibid. p.58

¹⁰³⁹ Ibid.

¹⁰⁴⁰ V. aff. n°COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*, p.71

¹⁰⁴¹ Ibid. p.75 et s.

Toutes les exigences étaient donc remplies en 1999. Pourtant, les faits ne plaident pas en faveur de la thèse de la Commission et d'un risque réel de collusion. En effet, une forte concurrence sur les prix a été observable entre 1998 et 2000. Pendant cette période, les prix ont baissé de 30% en Allemagne. D'après le Bundeskartellamt, cette baisse des prix n'était pas le signe d'une concurrence accrue mais de la volonté des acteurs historiques de hausser les barrières à l'entrée. Les nouveaux entrants n'ont pas pu réaliser des profits suffisants pour recouvrir des coûts fixes irrécupérables.

La Commission européenne a conclu que les changements de structures pouvaient changer le comportement des acteurs et renforcer les risques de collusion. Suite aux fusions, deux éléments vont venir renforcer les risques de collusion : des parts de marché plus symétriques et un nombre d'acteurs plus faible¹⁰⁴².

Avant ces décisions, les parts de marché des opérateurs n'étaient pas symétriques. La part de marché de RWE était largement supérieure à celle de son concurrent immédiat Veba. Suite aux concentrations, les parts de marché des nouveaux groupes E.ON et Veba/Viag sont devenues très proches. Cette nouvelle symétrie entre les deux premiers opérateurs a accentué les risques de collusion.

Depuis la libéralisation en 1998, la concentration horizontale du secteur électrique en Allemagne a augmenté. De huit opérateurs électriques en 1998, ce nombre est passé à 6 en 2000, puis à 4 suite au rachat de Veag, Bewag et Laubag par l'opérateur suédois Vattenfall. Selon les seuils de la Commission européenne précisés dans la notice sur les fusions horizontales¹⁰⁴³, les fusions allemandes présentent de forts risques de renforcement des positions dominantes.

Pour permettre d'atteindre cet objectif, deux types de moyens ont été appliqués.

D'une part, c'étaient les mesures visées à restructurer le secteur. Elles ont permis la création d'un nouveau concurrent indépendant, Veag, électricien

¹⁰⁴² Ibid. p.130

allemand verticalement intégré, en supprimant les principaux liens entre les entreprises RWE, VEW et Veag. RWE et VEW se sont engagés à vendre leurs parts dans VEAG. En 2001, le groupe Veag, ainsi que les électriciens allemands Bewag et HEW, ont été rachetés par Vattenfall qui est devenu ainsi le troisième électricien allemand. En outre, RWE et VEW se sont engagés à acheter l'électricité produite par Veag pendant une période transitoire de 7 ans. Enfin, les parties se sont engagées à céder leur participation dans Bewag et Laubag¹⁰⁴⁴.

D'autre part, suite aux mesures, on visait ses transmissions intra et inter frontalières devraient être facilitées. RWE et VEW ont pris l'engagement de ne plus facturer la charge de transmission intra-frontalière, la composante T¹⁰⁴⁵, et à libérer une partie des capacités d'interconnexions (400 MW) entre l'Allemagne et le Danemark, jusque là réservées à Veba, pour faciliter l'accès des tiers aux importations de Scandinavie.

Dans une telle configuration du marché, il était certain que les fusions ne pouvaient pas être acceptées sans des investigations approfondies et sans l'accomplissement de certaines conditions. Les mesures devaient rétablir la situation concurrentielle existant avant les opérations. D'après la Commission, les risques de collusion existaient déjà et les opérations les ont renforcés. Cependant, il ne semble pas que les remèdes aient pu les limiter. Le nombre des acteurs était plus petit et les mesures n'ont pas changé ce fait, mais il est vrai qu'ils étaient plus indépendants les uns des autres. Toutes les attaches n'ont pas été pourtant coupées. Le risque de collusion tacite persiste : les concurrents restant toujours en contact pour autoréguler le secteur et la punition en cas de déviation crédible.

¹⁰⁴³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03) Journal officiel C 31, 05.02.2004

¹⁰⁴⁴ V. aff. n°COMP M.1673, *VEBA/VIAG*, point 1 a) et b) de la version publique des engagements relatif à l'électricité.

¹⁰⁴⁵ La composante T était perçue sur les livraisons d'électricité entre les deux zones commerciales instituées par l'accord-cadre sur la tarification (*Verbändevereinbarung*) au cas où le fournisseur ne pouvait pas compenser avec des livraisons en sens contraire

Dans ces conditions, la décision finale n'aurait-elle pas dû être l'interdiction ? Pour BRUNEKREEFT et TWELEMANN¹⁰⁴⁶, accepter de telles concentrations était une erreur. En effet, autoriser des fusions conduisant à rendre le marché allemand très concentré est pour eux préjudiciable pour la concurrence et cet effet négatif n'est pas compensé par une pression de la concurrence plus forte de l'étranger. Les auteurs estiment que les législateurs ont souhaité promouvoir quatre opérateurs indépendants quitte à accentuer la concentration. Ils voient ces autorisations et l'acceptation d'une si haute concentration comme une opportunité manquée.

Malgré ces risques, les autorités de la concurrence ont saisi une des seules occasions de réformer la structure industrielle. Pour PIERGIOVANNI, la Commission européenne a utilisé la fusion entre Veba et Viag afin de promouvoir l'intégration des marchés européens¹⁰⁴⁷. L'objectif des mesures correctives n'était pas, pour cet auteur, de remédier aux problèmes de concurrence soulevés par la fusion, mais plutôt de restructurer le marché allemand. La collusion n'était pas démontrée et les autorités de la concurrence ne pouvaient donc pas sanctionner les électriciens au titre de la politique antitrust. De plus, étant donné que tous les opérateurs allemands étaient des entreprises privées, il était difficile pour le gouvernement de leur imposer des cessions de participations permettant la clarification des liens structurels. La notification de ces opérations de concentration était l'occasion de modifier les relations entre entreprises et de restructurer le secteur sans attendre la démonstration hypothétique d'un comportement anticoncurrentiel des opérateurs électriques.

§§ 2 Fusion EDF/EnBW : les effets des mesures correctives sur le marché français

La Commission européenne analyse la position dominante d'EDF en France comme une entrave à l'ouverture du marché français de concurrence. Elle ne peut agir directement sur la structure de l'opérateur électrique¹⁰⁴⁸. Tant qu'aucun abus

¹⁰⁴⁶ G.BRUNEKREEFT, Sv.TWELEMANN, « Regulation, Competition and Investment in the German Electricity Market : RegTP or REGTP », *SESSA workshop "Refining Market Design" in Cambridge 14/15 July 2004*, disponible sur www.sessa.eu.com/documents/wp/D11.4_Brunekreft.pdf

¹⁰⁴⁷ M.PIERGIOVANNI, *op.cit.* p.229

¹⁰⁴⁸ Décision de la Com. du 07.02.2000, aff. n° COMP/M.1853 EDF/EnBW, point 26

n'est avéré, la politique antitrust est inopérante. EDF bénéficie de son caractère d'opérateur historique. Comme il a déjà été noté auparavant, les consommateurs d'électricité hésitent encore à changer d'opérateur. EDF jouit par conséquent d'une large base de clientèle captive. Cependant, aucune sanction ne peut lui être appliquée si elle ne manipule pas les prix ou n'empêche pas l'entrée de nouveaux concurrents¹⁰⁴⁹. Les sanctions possibles dans le cadre de la politique antitrust ne peuvent pas de toute façon modifier la structure de l'entreprise¹⁰⁵⁰.

Les moyens des autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations sont plus vastes et, dans ce contexte, des mesures structurelles peuvent être imposées. Les nombreuses opérations de concentration menées par EDF en Europe ont permis à la Commission européenne, par le contrôle des concentrations, de jouer sur la structure d'EDF. Dans les 14 cas de fusions contrôlées par les autorités européennes où EDF est acquéreur, des remèdes ont été demandés à quatre reprises¹⁰⁵¹. Cette proportion est supérieure au pourcentage de remèdes constaté sur l'ensemble des décisions de la commission. Une analyse uniquement sur le secteur électrique est encore plus probante. Sur les 93 décisions de la Commission¹⁰⁵², seules 8 ont été accordées sous conditions et une interdite¹⁰⁵³. Sur les 8 autorisations avec remèdes, dans la moitié des cas l'acquéreur était soit EDF, soit une filiale d'EDF. La question est de savoir si les décisions étaient toujours fondées ou si la Commission n'a pas cherché à atteindre un objectif de restructuration industrielle. Elle demande alors des remèdes trop stricts et commet une erreur de type I faible¹⁰⁵⁴. La fusion entre EDF et EnBW illustre cette sévérité de la Commission à l'égard d'EDF.

D'après les résultats auxquels on a abouti dans le premier titre de la première partie de cette étude, les marchés géographiques pertinents dans le secteur

¹⁰⁴⁹ Ibid.

¹⁰⁵⁰ Notons que depuis la réforme de la politique de concurrence, elles en ont, en théorie, les moyens.

¹⁰⁵¹ Décision de la Com. du 28.09.1999, Cas n° COMP/M.1557 EDF/ Louis Dreyfu ; Décision de la Com. du 07.02.2000, Cas n° COMP/M.1853 EDF/EnBW ; Décision de la Com. du 22.12.2008, Cas n° COMP/M.5224, EDF/British Energy ; Décision de la Com. du 12.11.2009, Cas, n° COMP/M.5549 EDF/Segebel

¹⁰⁵² Décisions rendues entre 1996 et février 2005

¹⁰⁵³ Moins de 10% des cas de fusions dans le secteur électrique ont donc étaient jugés comme induisant des effets anticoncurrentiels par la Commission européenne.

électrique sont toujours nationaux de par leur nature. Cette affirmation était d'autant plus vraie en 2000, date de l'évaluation de la fusion entre EDF et EnBW. La Commission européenne soutient cette analyse. Les marchés à considérer sont donc le marché allemand et le marché français¹⁰⁵⁵.

Considérons tout d'abord le marché allemand. La concentration entraîne la disparition d'un concurrent indépendant. En effet, EDF, via ses exportations importantes vers l'Allemagne, est en concurrence avec les quatre opérateurs électriques allemands, E.ON, RWE/VEW, Vattenfall et EnBW. Une majeure partie de ces exportations d'EDF s'effectuaient vers la zone géographique dominée par EnBW (d'après la lecture de la décision de la Commission européenne)¹⁰⁵⁶. En effet, deux des quatre interconnexions franco-allemandes se trouvent dans sa zone de desserte¹⁰⁵⁷. Donc, sur ce marché, des problèmes concurrentiels pourraient survenir.

Or, les mesures correctives conditionnant l'autorisation de la fusion ne portent pas sur le marché allemand, mais sur le marché français. D'après la Commission, EnBW serait un concurrent potentiel d'EDF¹⁰⁵⁸ et pourrait, avant l'opération, entrer sur le marché français. EnBW pourrait exporter sa production d'électricité vers la France. L'acquisition de participation dans l'électricien allemand par EDF romprait cette concurrence potentielle. De plus, EnBW a des participations dans WATT, électricien suisse¹⁰⁵⁹. Grâce à ces capacités de production situées en Suisse, il peut exporter de l'électricité via ce pays aussi¹⁰⁶⁰. Un dernier point soulevé par la Commission place EnBW en tête des concurrents potentiels d'EDF sur le marché français. Il a en effet accès à des capacités de production située en France, dans le cadre d'un certain nombre de contrats de

¹⁰⁵⁴ La Commission peut rendre un jugement erroné soit en acceptant une fusion qui aurait dû être interdite car diminuant le surplus global (erreur de type II), soit en refusant une fusion qui aurait dû être autorisée (erreur de type I).

¹⁰⁵⁵ V. aff. n°COMP/M.1853 EDF/EnBW, point 22 et s.

¹⁰⁵⁶ Ibid. point 54 et s.

¹⁰⁵⁷ Ibid. point 55

¹⁰⁵⁸ Ibid.

¹⁰⁵⁹ Ibid. point 75

¹⁰⁶⁰ Ibid. point 81

longue durée conclus avec EDF. La fusion induirait par conséquent le renforcement de la position dominante d'EDF.

Cependant, les structures de coût d'EDF et d'EnBW sont très différentes. Les capacités de production d'EDF étant en majeure partie nucléaires, ses coûts de production sont plus bas que les coûts d'EnBW dont la production électrique utilise les combustibles fossiles. Avant la fusion, EnBW n'avait pas pris de parts de marché à EDF et n'exportait qu'occasionnellement sur le marché français (lors de pics de demande). Ses prétentions à entrer significativement sur le marché français et à concurrencer directement EDF sont peu crédibles. Du fait de cette concurrence potentielle, EDF s'aligne sur les prix allemands. La fusion entre EDF et EnBW empêche cette concurrence potentielle. Plusieurs éléments font penser qu'elle pourra perdurer après la fusion. Tout d'abord, les liaisons transfrontalières entre la France et l'Allemagne vers la France sont très peu saturées. Enfin, EnBW n'est pas le seul concurrent potentiel d'EDF. Les trois opérateurs allemands restants, en particulier E.ON et RWE dont les sites de production sont plus proches de la frontière française, peuvent continuer à exercer cette pression. Par rapport aux capacités de production de ces deux opérateurs, EnBW fait figure de concurrent de moindre importance¹⁰⁶¹. De plus, les gestionnaires de réseaux sont séparés juridiquement des producteurs. Cette indépendance entre les gestionnaires de transport et les producteurs est certes sujet à caution en Allemagne du fait des liens qui les unissent encore et de l'absence, au moment de la fusion, de contrôle important. Néanmoins, la filiale transport d'EnBW ne peut pas, juridiquement, refuser le passage de l'électricité à ses concurrents. Le tarif d'acheminement de l'électricité étant de type timbre-poste¹⁰⁶² depuis les fusions RWE/VEW et Veba/Viag, la distance du site de production au site d'interconnexions n'est plus pertinente¹⁰⁶³. Même si des disparités de traitement en matière de tarif d'acheminement persistent entre les opérateurs allemands, EnBW n'est pas le seul producteur à avoir une frontière commune avec le réseau français. RWE a aussi, sur son réseau, une ligne d'interconnexion reliant les deux pays. Electrabel,

¹⁰⁶¹ M. PIERGIOVANNI, *op.cit.* p.229

¹⁰⁶² Tarification indépendante de la distance : quel que soit la longueur du trajet effectuée sur le territoire allemand, le prix du transport sera le même

¹⁰⁶³ V, aff. n°COMP/M.1853 EDF/EnBW, point 57

opérateur belge, est dans la même situation. Il reste donc des concurrents potentiels crédibles.

Les objectifs politiques de la Commission européenne sont clairs. Le cas envisagé est peut-être une des rares occasions que la Commission avait pour introduire de la concurrence sur le marché français. Elle n'a cependant pas tenu compte de certains effets néfastes. SCHULTZ¹⁰⁶⁴ et MOTTA et al.¹⁰⁶⁵ évoquent en effet les risques accrus de collusion sur ces marchés suite à cette mesure corrective. Pour Motta, les capacités virtuelles seront vendues aux grands opérateurs allemands ce qui augmentera les contacts entre les marchés¹⁰⁶⁶.

§§ 3 Analyse des mesures correctives sur le marché espagnol

Les deux décisions de la Commission européenne Group Villar Mir/EnBW/Hidrocantabrico¹⁰⁶⁷ et EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico¹⁰⁶⁸ sont examinées ensemble car l'analyse de la concurrence menée par la Commission européenne est la même dans les deux cas et les remèdes attachés aux décisions sont identiques.

Dans les deux cas, le marché géographique étudié est le marché espagnol. Deux opérateurs se partagent la majeure partie de ce marché¹⁰⁶⁹ qui se caractérise par une forte concentration verticale et des liens importants entre les producteurs électriques et les fournisseurs de matières fossiles (charbon, gaz et pétrole)¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁴ Ch.SCHULTZ, "Virtual Capacity and Tacit Collusion", *working paper*, 2004, Centre for Industrial Economics, University of Copenhagen.

¹⁰⁶⁵ M.MOTTA, M.POLO, H.VASCONCELES, "Merger Remedies in the EU: An Overview", Symposium "Guidelines for merger remedies – prospects and principles", Ecole des Mines, Paris, January 17-18, 2002.

¹⁰⁶⁶ Ibid. p.10

¹⁰⁶⁷ Décision de la Commission du 26 septembre 2001, aff. n°COMP/IV M. 2434, Group Villar Mir/EnBW/Hidrocantabrico

¹⁰⁶⁸ Decision de la Commission du 19 mars 2002, aff. n°COMP/IV M. 2684, EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico

¹⁰⁶⁹ L'investigation de la Commission a montré qu'Endesa et Iberdrola pouvaient augmenter leurs prix sur le marché de gros électrique espagnol sans crainte de perdre des consommateurs car leurs capacités de production sont indispensables pour approvisionner la demande en particulier en période de pointe ce qui prouve l'existence du pouvoir de marché de ces deux firmes, dans ce sens voir Piergovanni, *op. cit.*

¹⁰⁷⁰ Cl.CRAMPES, N.FABRA, "The Spanish Electricity Industry : Plus ça change ...", 2004 *working paper*. disponible sur : http://idei.fr/doc/wp/2004/spanish_electricity.pdf, p.12

Cette structure oligopolistique n'est pas favorable à la concurrence. L'entrée de nouveaux concurrents sur le marché espagnol est difficile. Les incitations de restructurer le secteur pour permettre la mise en place de la concurrence sont, par conséquent, forts.

Avant de commenter la pertinence des analyses des autorités de la concurrence nationales et européennes concernant l'évaluation de ces cas, il faut exposer la chronologie des opérations. Le rachat du quatrième opérateur espagnol, Hidrocantabrico, a été particulièrement long, il a pris plus de deux ans. En mars 2000, une première proposition de rachat est faite par TXU. Suite à cette première enchère, Union Fenossa, concurrent espagnol, fait une nouvelle offre, bloquée par le gouvernement. Par la suite, RWE essaie aussi de se placer sur le marché espagnol via l'acquisition de part dans l'électricien. Finalement, en février 2002, EnBW et EDP, supportés par le groupe financier Cajastur, réalisent une joint-venture sur Hidrocantabrico, acceptée sous conditions par la Commission européenne.

La chronologie du cas de la fusion entre Endesa et Iberdrola est plus succincte. En septembre 2000, les deux opérateurs espagnols dominants ont annoncé leur intention de fusionner. Le mois suivant, les conseils d'administration des deux firmes ont confirmé ce projet. Cependant, en janvier 2001, le projet de concentration a été abandonné suite à des mesures correctives exigées par les autorités de la concurrence espagnoles, jugées trop contraignantes par les opérateurs. Les autorités de la concurrence avaient déjà bloqué, quelques mois auparavant, la fusion entre le troisième et le quatrième opérateur. Dans ce contexte, la fusion entre les deux premiers ne pouvait pas être acceptée sans mesures drastiques. Les autorités de la concurrence espagnoles ont donc jugé que la fusion regroupant Endesa et Iberdrola, les deux principaux opérateurs électriques nationaux, aurait des incidences négatives pour les consommateurs. Après l'opération de concentration, la nouvelle entité Endesa/Iberdrola aurait le contrôle

sur 80% du marché espagnol¹⁰⁷¹, transformant un duopole en un monopole. Le gouvernement espagnol a conclu qu'une telle part de marché renforçait la position dominante du groupe et a demandé de nombreuses mesures correctives afin d'y remédier. En particulier, Endesa et Iberdrola devaient s'engager à limiter leur part de marché à 42% du marché de la production, à 48% du marché de la distribution et à 40% du marché de la fourniture. De plus, le gouvernement leur imposait de céder leurs actifs via des enchères et envisageait de réduire leurs subventions venant en compensation des coûts irrécupérables (*sunk costs*). Au vu de ces mesures très contraignantes, Endesa et Iberdrola ont décidé d'abandonner leur projet de fusion¹⁰⁷². La part de marché du nouveau groupe aurait dû être égale à la part de marché d'un seul des deux opérateurs. Les gains de la fusion pour les opérateurs auraient été faibles, voire inexistantes. En revanche, la vente des actifs aurait permis soit l'entrée sur le marché espagnol de nouveaux acteurs, soit le renforcement des acteurs déjà présents, tels Union Fenosa ou Hidrocantabrico, alors respectivement troisième et quatrième opérateur espagnol, loin derrière Endesa et Iberdrola, avec 12,8% et 6,6% du marché domestique.

La fusion entre Endesa et Iberdrola n'a pas permis la restructuration du secteur électrique espagnol, les opérateurs ne s'étant pas pliés aux conditions. En mai 2001, une nouvelle opération de concentration a dû être évaluée, cette fois par les autorités européennes¹⁰⁷³¹⁰⁷⁴. C'était une nouvelle occasion de demander des mesures correctives permettant de modifier les conditions de concurrence sur le marché.

¹⁰⁷¹ La part de marché est identique quel que soit le segment de marché considéré, production, distribution et fourniture

¹⁰⁷² Endesa et Iberdrola avaient pourtant proposées certains remèdes : cession de près de 16 000 MW de capacité de production, ramenant leur part de marché à approximativement 50%, cession de plusieurs actifs de distribution et réduction de leur part de marché dans la fourniture.

¹⁰⁷³ V, aff. n°COMP/IV M. 2434, Group Villar Mir/EnBW/Hidrocantabrico

¹⁰⁷⁴ Le 4 avril 2001, la Commission a reçu la notification d'un projet de concentration conformément à l'article 4 du règlement (CEE) n° 4064/89 (ci-après "règlement sur les concentrations"), par lequel les entreprises Grupo Villar Mir et Energie Baden- Württemberg (EnBW), cette dernière étant contrôlée conjointement par Électricité de France (EDF) et Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (OEW), prennent le contrôle conjoint de l'entreprise espagnole Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. (Hidrocantábrico) par voie d'une offre publique d'achat présentée par l'entreprise Ferroatlántica S.L. (Ferroatlántica). Ferroatlántica fait partie du Groupe Villar Mir et, à l'issue de l'opération, sera placée sous le contrôle conjoint de ce groupe et d'EnBW.

Pour les autorités de la concurrence européenne¹⁰⁷⁵, la fusion entre l'espagnol Hidrocantabrico et EDF aurait renforcé la position dominante collective d'Endesa et d'Iberdrola sur le marché de l'électricité en Espagne¹⁰⁷⁶. La Commission européenne craint qu'EDF résiste à toute augmentation des capacités d'interconnexions entre la France et l'Espagne. Les faibles capacités de cette ligne, souvent congestionnée, bloquent en partie l'instauration d'un marché unique entre la péninsule ibérique et la plaque continentale via la France. EDF pourrait limiter ces interconnexions et isoler encore plus le marché espagnol de l'électricité qui ne peut importer de l'électricité que par les réseaux français - excepté pour les importations depuis le Portugal. La péninsule reste encore une île électrique, subissant, d'après la Commission européenne, des risques importants d'exercice de pouvoir de marché collectif, avec des prix de détails et de gros plus élevés que dans le reste de l'Europe. Devant cet accroissement des risques, la fusion a été déclarée compatible avec le marché commun sous conditions (le 26 septembre 2001). EDF et RTE (département d'EDF, gestionnaire du Réseau de Transport d'Electricité français assurant la gestion du réseau national d'électricité ainsi que les interconnexions de ce réseau avec les pays étrangers) devaient s'engager à prendre toutes les mesures nécessaires pour augmenter la capacité commerciale de l'interconnecteur de manière à atteindre 4000 MW alors que la capacité actuelle est près de 4 fois moindre (1100 MW)¹⁰⁷⁷.

Les trois points suivants illustrent les limites de l'analyse de la Commission européenne et confirment l'utilisation des mesures correctives à des fins de restructuration.

En premier lieu, les mesures demandées ne sont pas du ressort d'une des parties. Ce premier fait rend l'implémentation de la mesure plus difficile. RTE est en effet indépendant d'EDF, du moins du point de vue du management.

¹⁰⁷⁵ M.MONTI, "Applying EU Competition Law to the new liberalised energy markets", discours prononcé, World Forum on Energy Regulation, 6 octobre 2003, Rome. Disponible sur : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/03/447&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> , p.5

¹⁰⁷⁶ Notons que la Commission européenne conclut que l'opération conduit au renforcement de la position dominante de firmes qui ne sont pas directement impliquées dans la fusion.

¹⁰⁷⁷ V, aff. n°COMP/IV M. 2434, Group Villar Mir/EnBW/Hidrocantabrico, point 128 et s.

La demande de la Commission européenne sous-tend qu'EDF est directement impliquée dans les stratégies de développement des capacités d'interconnexions de pays à pays. Or, le réseau français n'est plus géré par EDF mais par RTE. RTE se retrouve donc impliqué dans une fusion dont il n'est pas une partie directe. La Commission européenne, par le biais de cette fusion et des mesures correctives attachées, exerce des pressions pour permettre d'augmenter les capacités des liaisons transfrontalières. La fréquence des congestions, une des causes principales de la position dominante collective, pourrait ainsi être diminuée.

En second lieu, l'adéquation de la mesure corrective au problème de concurrence n'est pas évidente.

Deux concurrents se partagent le marché : Endesa et Iberdrola avec chacun 40% du marché. Plusieurs autres acteurs et EDF, via les importations, se partagent les quelques 20% du marché restant. EDF, en rachetant Hidrocantabrico, renforce sa position. Pour la Commission européenne, le rachat via une de ses filiales d'un concurrent n'ayant qu'une faible part de marché suffirait à décourager EDF d'investir dans de nouvelles capacités d'interconnexions. EDF, en laissant perdurer la congestion, continue à bénéficier de marges plus élevées qu'il pourrait réaliser sur le marché espagnol. Ainsi, elle est à même d'atteindre une taille suffisante pour concurrencer les deux grands groupes. Il y a toujours plus de concurrence entre 3 acteurs de taille significative que dans une situation où un duopole fait face à une concurrence atomisée.

Enfin, la mesure demandée est excessive par rapport au problème de concurrence soulevé par la fusion. Le problème spécifique lié à la fusion est la perte d'un concurrent sur le marché espagnol.

CONCLUSION PARTIE II

Il ressort des observations que la politique de concurrence et la régulation sont deux missions interconnectées. Les régulateurs rencontrent des difficultés dans le secteur énergétique. La remise en cause des monopoles historiques nécessite parfois des réformes des structures. En France, où EDF est le seul opérateur du marché ayant une part de marché supérieure à 10%, des mesures de restructuration industrielle ne sont pas envisageables pour le régulateur. Les réformes modifiant la politique antitrust et le contrôle des concentrations en Europe donnent aux autorités les moyens de mener des restructurations industrielles et d'agir en partenariat avec le régulateur.

L'objectif général des agences de régulation et de concurrence est semblable : l'efficacité économique. Mais les objectifs annexes sont différents - d'un côté, favoriser la concurrence et contrôler les pratiques dans un secteur particulier de l'économie, d'un autre côté, chercher à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Le régulateur est en général jugé à même d'ouvrir un marché à la concurrence, c'est-à-dire de construire un cadre concurrentiel. Une fois le cadre concurrentiel mis en place, les autorités de la concurrence ayant une meilleure expertise en matière de protection de la concurrence, devraient prendre le relais. Ce chapitre a permis de souligner la convergence des rôles des autorités de la concurrence en matière de contrôle des concentrations et des régulateurs. En premier lieu, le contrôle des concentrations est plus proche du rôle des régulateurs que la politique antitrust. Cette dernière se différencie de la politique de régulation car elle intervient après que le comportement délictueux a été effectué. Il n'en est pas de même pour le contrôle des concentrations. Les autorités de la concurrence doivent évaluer les possibles effets d'une opération de concentration et décident, ainsi que les régulateurs, ex ante. De plus, dans le cas d'un secteur en voie de libéralisation tel que le secteur électrique, le mode de concurrence (concurrence en prix, en quantité, ...) et son évolution sont difficiles à définir précisément. Ce flou entourant les règles de marché accroît le pouvoir discrétionnaire des autorités en charge du contrôle des concentrations. Leur marge de manœuvre est étendue. Il leur est alors possible d'outrepasser leurs compétences officielles et de se rapprocher d'un rôle de régulateur. En second lieu, dans le secteur électrique, les

autorités de la concurrence sont incitées à utiliser des mesures correctives à des fins de restructurations industrielles pour favoriser la création d'un marché unique et pour encourager la concurrence. Dans le secteur électrique où de nombreux problèmes de concurrence persistent, les autorités de la concurrence cherchent à imposer des remèdes permettant de favoriser l'introduction d'une concurrence effective.

Les règles en matière de contrôle des concentrations n'ont pour effet que conserver en l'état un secteur peu concurrentiel, c'est-à-dire rétablir le statut quo. Au contraire, les réformes étendant les pouvoirs des autorités peuvent avoir une action complémentaire des autorités de régulations. Ainsi, en France et en Allemagne où le régulateur ne peut pas agir sur la structure des opérateurs énergétique, les mesures correctrices peuvent imposer de telles sanctions.

Le titre II donne, par des analyses de cas, quelques exemples de l'utilisation stratégique de mesures correctives par la Commission européenne dans le secteur de l'électricité. En effet, dans certains cas (e.g. EnBW/Hidrocantabrico/EDP¹⁰⁷⁸, Veba/Viag¹⁰⁷⁹), les décisions de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations s'apparentent à des mesures visant à restructurer le secteur.

Concernant la politique communautaire en matière de contrôle de concentrations on distingue les remèdes structurels et les remèdes comportementaux. La Commission européenne se doit d'accepter ces deux familles de remèdes. Cependant, elle affiche une claire préférence pour les remèdes structurels. Ils présentent en effet deux avantages principaux : ils sont plus faciles à mettre en œuvre et ils nécessitent moins de contrôle *ex post*. Cette préférence a été vérifiée par l'étude empirique des décisions de la Commission. S'il est vrai que dans les cas où le problème de concurrence concerne une dominance horizontale, une réorganisation des entreprises est la solution la plus efficace, dans d'autres cas, cette dominance des remèdes structurels n'est pas prouvée.

¹⁰⁷⁸ Décision de la Com. du 19 mars 2002, aff. n°COMP/IV M. 2684, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*

¹⁰⁷⁹ Décision de la Com. du 13 juin 2000, aff. COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*,

Dans les cas de problèmes verticaux, en particulier, des remèdes comportementaux sont plus adaptés. De plus, il est faux de conclure que les remèdes structurels ne posent aucun problème d'implémentation.

L'analyse des décisions de la Commission amène à conclure que l'autorité européenne de la concurrence évalue les cas en deux étapes. Lors de la première étape d'analyse, elle juge de l'existence ou non de problème de concurrence en se basant sur des variables identifiées par des modèles réalisés par les économistes. Elle obéit alors à des règles relativement précises et ses décisions sont prévisibles. Lors de la seconde étape, sachant que l'opération de concentration induit des problèmes de concurrence, la Commission évalue le nombre et le type de remèdes adéquat. Les modèles réalisés sont peu explicatifs. Il apparaît que la Commission juge au cas par cas sans règle précise. Cela lui confère un plus large pouvoir discrétionnaire. Les entreprises peuvent prédire avant les négociations si elles devront proposer des remèdes mais elles ne peuvent pas prédire leur importance.

L'analyse des décisions ont aussi permis de relever quelques indices de la sévérité de l'autorité de la concurrence européenne. Ainsi, une fois qu'elle a identifié des problèmes de concurrence dans une fusion, elle impose des remèdes dans plusieurs marchés produits.

Pour garantir la viabilité des actifs cédés ou prévenir des risques de contagion d'exercice de pouvoir de marché, elle demande des remèdes dans des marchés où, *a priori*, la concentration ne portait pas atteinte à la concurrence. Concernant sa position sur les opérations impliquant des entreprises actives dans une industrie de réseaux, il s'avère que cette variable n'influe pas sur la décision de la Commission d'imposer ou pas des remèdes. En revanche, la constitution des packages de remèdes se différencie en fonction de l'appartenance des parties à une industrie de réseaux. Dans ces cas, chaque package comporte un plus grand nombre de remèdes, signe de contraintes supplémentaires imposées aux fusions dans ces secteurs.

Cette partie a permis de définir précisément les mesures correctives et les facteurs influençant les autorités de la concurrence en la matière. Les éléments décrivant la structure des marchés, en particulier les indices de concentration, sont pris en compte par les autorités européennes, mais, les analyses devant s'effectuer au

cas par cas, elles bénéficient d'une large marge de manœuvre. La Commission ne limite pas son analyse à la considération des parts de marché et des indices de concentration mais juge effectivement sur des données plus fines. Cela permet d'espérer que des mesures les plus adéquates seront prises pour chaque opération. Enfin on a vérifié que la Commission utilise sa marge de manœuvre avec discernement et la met au service des objectifs définis par les textes et qu'elle doit respecter. et de démontrer qu'elles ont les moyens institutionnels d'utiliser les mesures correctives à des fins de re-structurations industrielles.

Conclusion générale

La politique d'encouragement des fusions entre les entreprises menée par la Commission et les actions des Etats membres ont contribué à accroître la concentration sur le marché de l'énergie.

Le renforcement des entreprises nationales par les Etats membres et la politique d'acceptation des rapprochements entre entreprises suivie par la Commission ont eu pour conséquence la création de champions nationaux actifs sur la scène européenne et la transformation du marché européen en un marché oligopolistique.

Au commencement du processus de libéralisation, les entreprises dont le monopole devait cesser disposaient d'un avantage comparatif très important, ne serait-ce que par la détention des infrastructures mais également de par leur clientèle, leur réputation et leur connaissance des marchés. Elles ont pu entreprendre une expansion aussi bien de leurs marchés de produits et que de leurs géographiques¹⁰⁸⁰. On a observé la création d'entreprises paneuropéennes actives sur une partie du marché européen.

Pourtant une tendance inverse s'est développée en parallèle. Il s'agit du renforcement des champions nationaux par les Etats membres. Le terme de champions nationaux se réfère à une vision particulière de l'interaction entre la politique industrielle et la politique de concurrence. Les Etats se sont fortement impliqués dans leur gestion, notamment en matière de concentrations. Ainsi l'annonce par le gouvernement français¹⁰⁸¹ de la volonté de l'entreprise nationale GDF de fusionner avec l'opérateur Suez quelques jours seulement après l'information d'une possible offre publique d'achat faite par l'opérateur italien Enel à Suez,

¹⁰⁸⁰ Cf. supra Chapitre III

démontre cette forte interférence politique¹⁰⁸². S'agit-il pour autant du phénomène connu sous le terme de protectionnisme économique ? A.G. SOARES analyse la protection des champions nationaux comme des « *hidden practices of economic protectionism* »¹⁰⁸³.

Il apparaît rationnel de vouloir qu'une entreprise se développe afin d'atteindre une taille critique lui permettant de réaliser des économies d'échelle, ce qui devrait garantir, par la suite, des bénéfices pour les consommateurs. Toutefois, les théories économiques n'ont pas prouvé de relations systématiques entre l'accroissement de la taille d'une entreprise et l'accroissement de son efficacité. En effet, il se peut qu'une entreprise efficace sur le plan national ne le soit pas sur la scène sinon mondiale, du moins européenne. Ainsi le développement inconsidéré des entreprises nationales pourrait ne pas mener à l'objectif poursuivi. Certains estiment que cela ne suffirait pas pour contrebalancer la perte de bien-être total et que cela pourrait constituer une façon indirecte pour les gouvernements de faire bénéficier à certaines entreprises d'aides d'Etat.¹⁰⁸⁴

Ainsi, la création ou la protection de champions nationaux par les Etats ne semblent pas convenablement s'insérer dans la politique européenne de création d'un marché européen. Peut-être est-ce un peu excessif de considérer que de telles politiques bloquent la réalisation du marché commun, mais il apparaît qu'elles constituent tout de même un frein, une barrière à l'instauration d'un marché intérieur concurrentiel. Une explication possible semble tenir au fait que la Commission doit agir tout en accommodant les politiques étatiques interférant avec ses choix. Elle a besoin des Etats pour faire avancer la libéralisation et ne peut donc pas prendre le risque de rejeter toutes leurs interventions, d'autant que l'action de la Commission reste limitée notamment par le règlement CE sur les concentrations.

¹⁰⁸¹ Annonce par D. DE VILLEPIN alors Premier Ministre français, « Dominique de Villepin a annoncé un projet de fusion entre Gaz de France et Suez », *Le Monde*, 25 février 2006

¹⁰⁸² H. KORDIK « Le marché européen de l'énergie face aux intérêts nationaux », *Eurotopics*, Revue de presse du 27 février 2006 ; Disponible sur :

http://www.eurotopics.net/fr/presseschau/archiv/archiv_dossier/DOSSIER2906

¹⁰⁸³ A.G.SOARES, « "National Champions" Rhetoric in European Law Or the many faces of protectionism », *World Competition*, n°31(3), 2008, p.353

¹⁰⁸⁴ S. VERDE, « Everybody merges with somebody – The wave of M&As in the energy industry and the EU merger policy », *Energy policy*, n° 36, 2008p.1130

D'un point de vue général, la vague de fusions et d'acquisitions qu'a connue le secteur énergétique, a renforcé la concentration des marchés. La Commission, consciente de ce problème, l'a identifié dans son rapport sur le secteur énergétique¹⁰⁸⁵.

Pourtant la politique qu'elle mène consiste à autoriser les concentrations en encourageant la modification des opérations en cas de problèmes de concurrence. Cette politique a conduit à l'émergence sur la scène européenne de grandes entreprises, souvent des opérateurs historiques nationaux, les autres acteurs n'étant pas suffisamment efficaces pour rivaliser à ce niveau. Or, cette politique semble avoir ralenti la réalisation du marché intérieur. Ce sont donc les grandes entreprises françaises, italiennes ou encore allemandes qui dominent le marché¹⁰⁸⁶. Une analyse de 2003 prévoit que sept entreprises environ, dont EDF, E.ON et RWE, domineront le marché de l'électricité¹⁰⁸⁷. Cette prévision s'est avérée tout à fait réaliste. Il ne reste à l'heure actuelle que peu d'entreprises de taille réduite pouvant potentiellement être rachetées¹⁰⁸⁸.

Une telle structure semble déjà être mise en place au niveau européen (alors même que la concurrence au niveau national s'est accrue), les entreprises détenant un fort pouvoir de marché. On peut se demander si cela ne va pas à l'encontre des buts de la libéralisation¹⁰⁸⁹. Vraisemblablement le double objectif poursuivi par la Commission, à savoir la réalisation du marché commun et la poursuite de la politique de la concurrence, explique en partie cet état des faits et la difficulté pour elle de trouver un équilibre entre des objectifs menant parfois à des solutions contradictoires.

Lorsque la Commission encourage les concentrations de nature transfrontalière, elle fait progresser le marché intérieur de l'énergie ; mais, en même temps, cela réduit le nombre des acteurs sur le marché. La théorie économique

¹⁰⁸⁵ Commission européenne, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 point 4.

¹⁰⁸⁶ G.MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University press, 2007 p.476.

¹⁰⁸⁷ A.CHRISTIANSEN, « Regulation and EU Merger Control in the Liberalised Electricity Sector », *working paper*, Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=870551>. p.9 - 10

¹⁰⁸⁸ « Power games, The final shape of the European energy market is emerging: an oligopoly », *The Economist*, 28 février 2009, disponible:

http://www.iese.edu/es/files/2009%2002%2026%20Economist%20-%20Power%20games_tcm5-48326.pdf p. 62

¹⁰⁸⁹ A. CHRISTIANSEN, op.cit., p.10.

indique que si ce sont des entreprises moins efficaces qui disparaissent, cela résulte du jeu normal de la concurrence, celle-ci n'ayant pas pour objectif de protéger les concurrents moins efficaces. Dès lors d'un point de vue concurrentiel cela ne devrait pas poser de difficultés.

Cependant, en voulant imposer plus de concurrence au niveau européen, la Commission a, semble-t-il, mis en place une politique qui, à long terme, ne va pas conduire à une structure pleinement concurrentielle, de nombreux risques étant associés à cela. Une structure oligopolistique pourrait en effet conduire à une cartellisation des marchés. Le risque est de voir les entreprises adopter un comportement de collusion tacite. La notion d'oligopole collusif apparaît pertinente ici ; du fait de la structure du marché, les entreprises auront tendance à se comporter tel un cartel, à ne pas toucher à la clientèle et aux territoires des autres entreprises. Les opérateurs ne voudront certainement pas s'engager dans des politiques concurrentielles, faisant preuve d'un certain attentisme et consolidant leur position. D'autant que, étant donné la difficulté pour les entreprises de fournir de l'énergie d'un territoire à un autre en raison des capacités limitées des interconnecteurs (la Commission agissant toutefois pour remédier à ce problème), une répartition des marchés semble fort probable. On peut s'attendre que les prix soient fixés à un niveau supérieur au niveau concurrentiel. De plus, une structure oligopolistique comporte la menace de l'établissement d'une position dominante collective, les risques d'abus étant alors élevés.

La création d'un tel oligopole au niveau européen risque de figer les entreprises dans leurs marchés avec pour conséquence une réduction de l'innovation et une baisse de compétitivité entraînant une perte de bien-être pour les consommateurs. Cette baisse pourrait être encore plus grave au cas où les entreprises ne se concurrencent pas. Celles-ci peuvent ne pas être en mesure de réagir à l'entrée éventuelle de nouveaux concurrents plus efficaces sur le marché.

On a analysé de façon détaillée la manière dont différents acteurs impliqués dans le mécanisme du contrôle des concentrations ont manipulé les règles de contrôle afin d'influencer le développement de la libéralisation du secteur énergétique. On a étudié l'attitude des Etats membres ainsi que l'action de la Commission dont le rôle

en matière de concentrations est majeur. Son rôle est d'autant plus important qu'elle est à l'origine du processus de libéralisation des marchés énergétiques.

On a observé que l'utilisation des règles du contrôle des concentrations comporte un aspect politique fort. D'un côté les Etats membres, en invoquant des intérêts légitimes, tentent d'empêcher ou d'ajouter des conditions à certaines opérations relevant pourtant de la compétence de la Commission. Ce comportement requiert une analyse dans le cadre d'une sorte de protectionnisme parfois dénommé « *patriotisme économique* », tendant notamment à ce que les Etats protègent leurs entreprises nationales contre l'entrée d'acteurs étrangers sur leurs marchés tout en essayant de créer des champions nationaux.

La Commission, de sa part, poursuit un objectif a priori simple : l'ouverture des marchés énergétiques à la concurrence et l'approfondissement du marché intérieur de l'énergie. Elle a su encourager cette concurrence en acceptant des remèdes parfois à portée très large pouvant être perçus plutôt comme des outils au service de la libéralisation que comme de véritables moyens visant à contrer les effets anticoncurrentiels découlant des concentrations.

En tentant de poursuivre deux objectifs, à savoir l'accroissement du caractère concurrentiel des marchés et la réalisation du marché commun de l'énergie, la Commission, semble avoir créé, à travers les règles de contrôle des concentrations, un marché encore fragmenté, mais d'une dimension européenne.

Bibliographie

I - Ouvrages

A. OUVRAGE GÉNÉRAUX, MANUELS

- I.BAEL, J.-F.BELLIS, *Droit de la concurrence de la communauté économique européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1991.
- J.-Y.CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007.
- A. et G.DECOCQ, *Droit européen des affaires*, Paris, L.G.D.J, 2003.
- L.DUBOUIS, Cl. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^e édition, Paris, Montchrestien, 2004.
- M.FALLON, « *Droit matériel général de l'Union européen* », 2^e édition, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2002.
- A.JONES, B.SUFRIN, *EC Competition Law*, 3rd edition Oxford/New York, Oxford press, 2007,
- Ch. GAVALDA, G.PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^e édition, Paris, Litec, 2006
- M.MALAUZIE-VIGNAL, *Droit de la Concurrence interne et communautaire*, 3^{ème} édition, Paris, Armand Colin, 2006.
- B. MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences PO/Dalloz, 2004,
- P.MATTISSEN, *Droit européen, Introduction* Sofia, Ciela, 2007.

• P.MERCIER, M.OLIVIER, H.GILLIERON, S.AFFOLTER, « *Grands principes du droit de la concurrence. Droit communautaire. Droit suisse* », Munich/Bruxelles, Helbing and Lichtenhalm/ Bruylant, 1999

• M.MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2^e éd. Paris, Montchrestien, 2008

• G.MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University press, 2007

• R.MOULIN, P.BRUNET *Droit public des interventions économiques*, Paris, LGDJ, 2007

• J.SCHAPIRA, G.LE TALLEC, J.-B.BLAISE et L.IDOT, *Droit européen des affaires*, Paris, PUF, 1999

B. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

• W.BAUMOL, J.PANZAR, R.WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. New York, Harcourt Brace Jovanovitch, 1982

• L.BERGMAN, Ch.DOYLE, J.GUAL, L. HULTKRANTZ, D. NEVEN, L - H.RÖLLER, L. WAVERMAN, *Europe's Network Industries: Conflicting Priorities* , London, CEPR, 1998

• D.BERLIN, *Contrôle des concentrations*, in Commentaire J.Megret, 3^e édition, Bruxelles, Edition de L'Université de Bruxelles, 2009

• L.BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, LITEC, 2001

• R.BRADLEY, *Oil, Gas, and Government*, Lanham, Maryland, Rowman and Littlefield, 1996

• E.CABAU, A, DOHERTY, F.ERMACORA, F.GRAPER, Ch.JONES, Ch, SCHOSER, O.SILLA, W.WEBSTER *EU Energy Law. The Internal energy market. The Third Liberalization Package*, Leuven, CLAYES et CASTEELS, 2010

• P.CAMERON, « *Competition in Energy Markets. Law and Regulation in the European Union* », 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2007

• St.DAVIES, B.LYONS, *Mergers and Merger remedies in the EU: Assessing the consequences for competition*, Cheltenham Edward Elgar, , 2007

- M.DERDEVET, *L'Europe en panne d'énergie*, Paris, Descartes et Cie, 2009
- C.DERIVE, J.LE RIDANT, P.GODIN, *Les innovations technologiques et l'électricité*, Paris, Interéditions, 1994
- J.DEVAUX CHARBONNEL, *Droit minier des hydrocarbures*, Paris, Technip 1987
- D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis In the EC Competition Rules*, 3rd edition, The Hague: Kluwer Law International, 2009.
- C.ISIDORO, *L'Ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*. Paris, LGDJ, 2006
- A.KALAYDJIEV, *Restructuration des sociétés commerciales*, Sofia, Trud i Pravo, 2005
- P.KELLEZI, *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominant*, Bern, Stampfli Editions SA Bern, 2010
- J-J.LAFFONT, J.TIROL, *Competition in Telecommunication*, Massachusetts, MIT Press, , 2001
- B.LANDJEV, *L'entreprise*, Sofia, CIELA, 2003
- B.LECOURT, *Influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, Paris, L.G.D.J, 2000
- Ch. LEMAIRE, « *Energie et concurrence : Recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz* », II Tomes, Marseille, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003, 817p.
- J.LOCKE, *Traité du gouvernement civil [1690]*, Paris, éd. S. Goyard-Fabre, GF-Flammarion, 1992.
- M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, L.G.D.J, 1997
- El MOUHOU B MOUHOUD, *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, Paris, La Découverte, 2008
- M. PARKIN, C.D. FLUET, R. BADE, *Introduction à la microéconomie moderne*, Paris, Ed. du Renouveau Pédagogique, 1992
- S.POILLOT-PERUZZETTO, et M.LUBY, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998

- M.ROGGENKAMP, C.REDGWELL, I.GUAYO, A. RONNE, *Energy Law in Europe*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2007
- R.ROUTIER, *Les fusions de sociétés commerciales*, Paris, L.G.D.J. 1994
- W.SHARKEY, *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982
- B.TAVERNE, *An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry*, London, KLUWER LAW, 1994
- R.J. VAN DEN BERGH and P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd ed. Antwerpen, Sweet and Maxwell, , 2006
- G. VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2009
- L.VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988,
- M.WEBER, *Économie et société* (posthume [1921](#)) ; édition de poche, Paris, Pocket, 1995,

II - Codes, commentaires de traités, dictionnaires, encyclopédies, Jurisclasseurs

- M. AYRAL. « La politique énergétique », in *Commentaire MEGRET*, vol.8, éd. Université de Bruxelles, 1996
- A.BONNASSE, « Fusion – scission. Principes généraux ». *Jurisclasseur Société fasc. 161-10*
- G. DELLIS. « Articles 94-95CE » *Comm. Léger*, p.904, n° 6
- D.SIMON, « Article 8 A », *Comm. CEE*, p.74, n° 2

III – Colloques, congrès, journées d'études, recueil des textes, rapport de travail

• M.ALBERS, « Energy Liberalization and EC Competition Law », *Fordham 28th Annual Conference of Antitrust Law and Policy*, 26 October 2001, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_028_en.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

• J.-P. ANGELIER, « Electricité et gaz naturel : du monopole à la concurrence réglementée. Une perspective historique », *Working paper*, Université Pierre Mendès-France, 2005

• BARQUIN, BERGMAN, CRAMPES, GLACHANT, GREEN, HIRSCHHAUSEN, LEVEQUE, STOFT, « Brief academic opinion of economic professors and scholars on the project of acquisition of Endesa by Gas Natural » *rapport de travail*, 2005, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-AcademicOpinion.pdf> (dernière date de visite 12.04.2011)

• R.H.BOROUMAND., « Le modèle d'activité du fournisseur pur d'électricité est-il viable ? », *Working paper*, n°16, GIS LARSEN, 2008, disponible sur http://www.gis-larsen.org/Pdf/LARSEN_WP_16.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

• G.BRUNEKREEFT, Sv.TWELEMANN, « Regulation, Competition and Investment in the German Electricity Market : RegTP or REGTP », *SESSA workshop "Refining Market Design" in Cambridge 14/15 July 2004*, disponible sur www.sessa.eu.com/documents/wp/D11.4_Brunekreeft.pdf(dernière date de visite 12.04.2011)

• A.CHRISTIANSEN, « Regulation and EU Merger Control in the Liberalized Electricity Sector », *working paper*, Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=870551>(dernière date de visite 12.04.2011)

• M. - K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr.LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector : Cases and Patterns » *Colloque*, CERNA, 2002 disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU.pdf> (dernière date de visite 12.04.2011)

• M. - K.CODOGNET, J.-M.GLACHANT, Fr.LEVEQUE, M.-A. PLAGNET « Mergers and Acquisition in the European Electricity Sector : Cases and Patterns », *Colloque* CERNA, 2003, disponible sur

<http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU-Cases-2003.pdf>; (dernière date de visite 12.04.2011)

- CI.CRAMPES, N.FABRA, « The Spanish Electricity Industry : Plus ça change ... », *working paper*, 2004 ,disponible sur : http://idei.fr/doc/wp/2004/spanish_electricity.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

- J.DOUCET, « La restructuration des marchés de l'électricité : un portrait de la situation mondial » *Working paper*, Université LAVAL, 1998 disponible sur http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3398-98/green/green_synthese.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

- O.EIKELAND, « The Long and Winding Road to the Internal Energy Market » *FNI Report* 8/2004, disponible sur <http://www.fni.no/doc&pdf/FNI-R0804.pdf> (dernière date de visite 12.04.2011)

- O.EIKELAND, H.HAASSELKNIPPE et I.SAEVERUD, « Energy sector integration in Europe : The role of leading upstream oil & gas companies », *FNI Report, 2004* disponible sur <http://fni.no/doc&pdf/FNI-R2004.pdf> (dernière date de visite 12.04.2011)

- J.ELSTER, « The impact of constitutions on economic performance », in *Proceedings from the Annual Bank Conference on Economic Development*, Washington: The World Bank 1995

- B.ESNAULT, « The impact of new economy on energy value chains », *25th Annual IAEE International Conference, 26-29 June 2002*, Aberdeen, Scotland.

- G.FEDERICO, « European electricity mergers Understanding unilateral effects », *European Competition Seminar*, Amsterdam, 2008

- D.FINON, « French gas industry in transition : Breach in the public service model » *Cahier de recherché*, IEPE,2001 disponible sur http://webu2.upmf-grenoble.fr/iepe/textes/DF_01.25.PDF (dernière date de visite 12.04.2011)

- Ph. GAGNEPAIN, « La nouvelle théorie de la régulation des monopoles naturels », *Working paper*, Universidad Carlos III Madrid, Janvier 2001, disponible sur http://www.eco.uc3m.es/personal/cv/regulation_phillippe.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

- D.GERARDIN, G.SIDAK, , « European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications », *working paper*, 2003, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=351100(dernière date de visite 12.04.2011)
- R.GILBERT, D.NEWBERY « Electricity merger policy in the shadow of Regulation ». *Working paper, EPE 019*, University of California Energy Institute, 2006. disponible sur http://www.iern.net/portal/page/portal/IERN_HOME/IERN_ARCHIV/Publications/Competition_Issues/57AA9CE3ED0240C1E040A8C03C2F75CB (dernière date de visite 12.04.2011)
- V.GIRAULT, « Structure de la concurrence sur la chaîne du gaz naturel : le marché européen », *Working paper*, Cahier N° 05.01.55CREDEN, 2005, disponible sur <http://www.creden.univ-montp1.fr/downloads/cahiers/CC-05-01-55.pdf> (dernière date de visite 12.04.2011)
- J.-M.GLACHANT, « The Making of Competitive Electricity Markets in Europe : No Single Way and No Single Market » *working paper*, 2002
- E.GRAND, « Le transport et l'énergie. Des politiques construites par la libéralisation », in *Questions européennes*, Paris, PUF, 2009
- J.GRANGE « La notion d'intégration, des mathématiques à la politique », *colloque de Talange, L'intégration en question*, mai 2004, paru aux Presses universitaires de Nancy, 2005
- A.LEITE, N.CASTRO M.I.R.T.SOARES, « Electric sector mergers and acquisitions: lessons from the European Union », *Working Paper*, 2008,p.12 disponible sur www.brazilink.org/tiki-download_file.php?fileId=117(dernière date de visite 12.04.2011)
- F.LEVEQUE, « The Conduct v Structural remedies Controversy: an irrelevant dichotomy of Antitrust Policy Instrument », CERNA, Working Paper, Mai 2000, disponible sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MSMay00.pdf> (dernière date de visite 12.04.2011)
- S. MERITET, « Le mouvement de concentration dans l'industrie électriques et gazière en Europe » *Working paper* disponible sur

<http://www.meritet.net/Articles/Concentration%20varsovie.pdf> (dernière date de visite 12.04.2011)

• M. MONTI « Applying EU Competition Law to the new liberalized energy markets », discours prononcé, *World Forum on Energy Regulation*, 6 October 2003, Rome. Disponible sur : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/03/447&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> (dernière date de visite 12.04.2011)

• D. MOSS, « Electricity Mergers, Economic Analysis and Consistency : Why FERC Needs to Change Its Approach », *AAI Working Paper 04-02*, 2005

• M. MOTTA, M. POLO, H. VASCONCELES, « Merger Remedies in the EU: An Overview » , *Symposium “ Guidelines for merger remedies – prospects and principles ”*, Ecole des Mines, Paris, January 17-18, 2002

• MULTICHANNEL APPLICATIONS CENTRE, « Tackling business processes with knowledge management technology: The Cofathec Servizi case », *Case studies*, 2001

• D. NEWBERY, « The relationship between regulation and competition policy for network industries », papier écrit pour la conférence *How should competition policy transform itself? Designing the new competition policy*, 2003, Japon

• J. PERCEBOIS, « Ouverture à la concurrence et régulation des industries de réseaux ; le cas du gaz et de l'électricité » Working paper CREDEN, Cahier N° 03.11.40, 2003

• J. PERCEBOIS, « La dérégulation de l'industrie électrique en Europe et aux Etats –Unis : un processus de décomposition- recomposition », *Cahier n°97.04.08*, CREDEN, 1997

• Ch. SCHULTZ , « Virtual Capacity and Tacit Collusion », *working paper*, , Centre for Industrial Economics, University of Copenhagen, 2004

• A. SCHAUB, « Competition Policy and Libéralisation of Energy Markets », *European Utilities Circle*, 2000, 23 novembre 2000, Bruxelles, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000_023_en.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

• C. SUNSTEIN, « On Property and Constitutionalism, » *LAW & ECONOMICS WORKING PAPER No. 3*, 1992 disponible sur

http://www.law.uchicago.edu/files/files/03.crs_property.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

• S.THOMAS « Corporate concentration in the EU energy sector », *Report commissioned by: [European Federation of Public Service Unions](#)*, 2010

• St.VERDE, « Mergers and Energy : New Emerging Market Structure and Competition Issues » *Working paper*, disponible sur : <http://www.siepi.luiss.it/cms/media/1/20060609-Verde.pdf>(dernière date de visite 12.04.2011)

• Ch.VON HIRSCHHAUSEN, A. NEUMANN, H.WEIGT, « Divestiture as an Instrument of a Pro-active Competition Policy : Conceptual Issues and Lesson from International Experiences », *Working paper*, novembre, Dresden University of Technology, 2007, disponible sur http://www.tu-dresden.de/wwbwleeg/publications/wp_em_25a_Hirschhausen_Neumann_Weigt_divestiture.pdf (dernière date de visite 12.04.2011)

• H.-M. ZADEMACH, A.RODRIGUEZ-POSE, « Cross-border M&As and the changing economic geography of Europe », *working paper*, 2007, disponible sur <http://repec.imdea.org/pdf/imdea-wp2007-19.pdf>(dernière date de visite 12.04.2011)

IV – Thèses et Mémoires

• S.AIT ABDELSAM, *De monopole au marché. Cas d'EDF, entreprise en mutation*, Thèse, Université Nancy2, 2008

• J.-P.BELLECC, *La délocalisation intra-communautaire des sociétés : aspect juridiques, fiscaux et sociaux*, Thèse, Université Paris I, 1995

• W.BENHASSINE, *Le processus de libéralisation des industries électrique et gazière européennes à travers les stratégies de fusion-acquisition et d'investissement des firmes –proposition pour une sécurité énergétique renforcée*, Thèse, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, 2009

• O. CATEURA *Dynamique des stratégies concurrentielles dans un contexte de libéralisation : le cas de l'industrie électrique en France*, Thèse, Université Montpellier I, 2007

• Th. EMIRI, *Concurrence et secteur public. L'article 90 du traité CE, moyen d'encadrement communautaire des activités étatiques d'intérêt général*. Thèse, Université Paris II, 1998

• B.ESNAULT, *Transition du monopole à la concurrence sur les marchés du gaz naturel en Europe : l'importance stratégique du stockage souterrain*, Thèse, Université de Bourgogne, 2000

• R.SAPLACAN POP, *L'analyse des performances de la distribution d'électricité en environnement concurrentiel*, Thèse, Université Paris –Sud 11, 2008

• S.SODEV, *La notion de "services public", entre le libéralisme et le collectivisme : étude compare portant sur la République Tchèque et la Bulgarie dans la perspective de l'adhésion à l'Union européenne*, Thèse, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, 2003

V – Articles, Chroniques

• M.ALBERS, « Competition Law issues arising from the Liberalisation Process », *Competition and Regulation in Network Industries*, Intersentia, vol. 1(3), April 2011

• M.ALBERS, « The New EU Directives on Energy Liberalization from a Competition point of view », in P.CAMERON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford University press, Oxford, 2005

• S.ADETORO. « Liberalisation of the Energy Sector – Is it reserved for Countries with Overcapacity? » *EEELR*, volume 18, issue 3, June 2009,

• J.ANDERSON « Making Operational Sense of Mergers and Acquisitions », *The Electricity Journal*, Vol.12, n°7. 1999

• J.ALVES, « Zapatero et Villepin affichent un même patriotisme économique », *Les Echos*, 14/03/ 2006

• M.AYRAL, « La politique énergétique européenne aujourd'hui et demain », *Revue de l'énergie*, juin 1995, n° 469, pp. 408 – 413

• K.BACHOUR, G.CONTE, P.EBERL, C.MARTINI, A.PAOLICCHI, Ph.REDONDO, A.VAN HAASTEREN, G.WILS, « Gaz de France/Suez : Keeping energy markets in Belgium and France open and contestable through far-reaching remedies », *Competition Policy Newsletter*, n° 1(2007),

- C.BARTOK, S.MOONEN, P.LAHBABI, A.PAOLICCH, M. DE LA MANO, «A combination of gas release programmes and ownership unbundling as remedy to a problematic energy merger: E.ON / MOL », *Competition Policy Newsletter*, n°1, 2006,
- J.BEGUIN, « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Mélanges Gavalda*, Dalloz, Paris, 2001
- G.BEITZKE. « Les conflits de lois en matière de fusion de société », *RCDIP*, 1967
- K.BERGER, S. MARTIN, « La contradiction souvent évoquée au sein de la politique économique entre contrôle des concentrations et soutien de la compétitivité des entreprises est-elle un faux débat ? » *Revue Concurrence consommation*, n° 132, mars-avril 2003
- J.M.BERMOND DE VAULX, « Contribution à l'étude de la méthodologie comparée du marché de produit en cause (relevant product market) entre le droit américain et le droit européen », *JCP*, Ed. E.n°14765, 1986
- M.BERGMAN, « Competition law, competition policy, and deregulation », *Swedish Economic Policy Review* n°9, 2002
- F.BLANC, J. BRUECKNER, Cl. RAKOVSKY, « Claude RAKOVSKY : EC Merger Remedies », *Concurrences*, n°1-2009,
- Cl. BLUMANN, « Energie et Communautés européennes », *RTD eur.* 1984, pp. 571- 642
- Cl. BLUMANN, G.JOLY, « Energie et Communautés européennes », *RTD eur.* 1986, pp. 613- 680
- F.BRUNET, « Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel » in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008
- Fr. BOISSELEAU, « [La question du marché pertinent dans le secteur électrique](#) », *Economies et sociétés*, Série "Economie de l'énergie", EN, numéro 9, 2-3/2003,
- J.-P. BOUERE, « Réflexions sur le projet de société européenne et les fusions intracommunautaires », *Petites affiches* n°65 du 31 mai 1993

- P. CÂMARA « The end of the ‘Golden’ age of privatizations ?- The recent ECJ decisions on Golden Shares », *European business organization law review*, , vol. 3, 2002
- P. CAMESASCA, “The explicit efficiency defence in Merger Control does it make a difference?” *ECLR* 1999
- M. CHATELIN, S. SCHIPPERS, « Netherlands: Merger Control », *The European Antitrust Review*, Global Competition Review, 2009
- J.- M. CHEVALIER, « Les entreprises de l’énergie : redéfinition des chaînes de valeur et positionnement stratégique », *Revue de l’énergie*, septembre 1999
- J.-M. CHEVALIER « *La stratégie des acteurs. La montée des arbitrages interénergétiques* ». Economies et Sociétés, Economie de l’énergie, Série EN, n°7 ; 5-6/1997
- M.-L. CITTANOVA, « Pour les OPA, les britanniques cultivent l’effet Wimbledon » *Les Echos*, 27/02/2006
- P. CHONE, « Droit de la concurrence et régulation sectorielle. Entre ex ante et ex post », in Frison –Roche, M.-A. (dir.) *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, DALLOZ, 2006
- L. COHEN-TANUGI, « Le patriotisme économique et l’Europe » *Les Echos*, 14/03/2006
- Ph. CORRUBLE, « Dix ans d’application du règlement concentration par la Commission européenne (une analyse juridique des statistiques) », *Gaz. Pal.* 30-31 mai 2001
- J. COT. « Le temps dans le contrôle ex ante des concentrations », *RCC*, n°136, 2003
- H. DEMSETZ, « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review* 57 (2) 1967
- G. DOSSENA, “E l’ Eni lancia l’ Opa sul 100% di Italgas”, *Corriere della Sera* ,26 novembre 2002
- G. DRAUZ, « Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgment », *Competition Policy Newsletter*, n°2 summer 2005
- B. ESNAULT, « Libéralisation des marchés électriques et choix d’investissement en production », *Revue de l’énergie*, n° 539, 2002

- A.FISHER, et R.LANDE, « Efficiency considerations in Merger Enforcement », *California Law Review*, n° 77, 1989
- L.HANCHER, R.DE VLAM, , « Merger remedies in the electricity sector », dans D. GÉRADIN (Ed.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia, 2004,
- C. HENRY « Concurrence et services publics dans l'Union Européenne » *Revue de l'énergie*, n° 486, mars-avril 1997
- B.GOLDMAN, « Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes », *RTDE*, 1974, n°3
- D.GERARD, “Protectionist threats against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of Article 21 ECMR”, *C.M.L.Rev*, vol. 45, , 2008,
- J-M.GLACHANT, « Les réformes de l'industrie électrique en Europe » *Anales des Mines*, août 2000
- J-M GLACHANT, “Why Regulate Deregulated Network Industries?”, *Journal of Network Industries*, , Vol 3, 2002
- S.GRANDO, O.DÉBOUZY, « La Commission européenne concurrencée », *Constructif*, n° 19, Février 2008, disponible sur http://www.constructif.fr/Article_37_66_466/La_Commission_europeenne_concurrencee.html
- E.GUILLAUME, « Libre circulation des capitaux : les enseignements des arrêts de la Cour européenne de justice du 4 juin 2002 », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, décembre 2002,
- F. JENNY. « Droit européen et efficience économique », *Revue d'économie industrielle de la concurrence*, n° 63, 1993
- J.KEMP, G.EMBERGER, « Recent developments and important decisions », *Competition Policy Newsletter* 3(October)1998
- R.KOVAR, « Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice », *Europe*, août-septembre 2008
- J.LAITOS, « Judicial Protection of Private Property in Natural Resources: The American Experience, » *J. of Energy and Natural Resources* n°262, 1996

- J.T.LANG, « Two important Merger Regulation judgments: the implications of Schneider-Legrand and Tetra Laval-Sider », *European Law Review*, April 2003
- V.LANDES, « Remedies in energy mergers », dans C.JONES,(ed.), *EU energy law, EU Competition Law and Energy Markets*, Vol. II, Claeys & Casteels, Leuven, 2nd edition, 2007
- A.LEGAULT, « Les fusions – acquisitions en matière de gaz et de pétrole. Le cas de l’Amérique de Nord », *Revue Etudes Internationales*, volume XXXV, n° 3, 2004, pp. 435-468.
- R.LECOURT, « Concentrations et fusions, facteurs d’intégration », *Revue du Marché commun*, 1968, pp.6 – 24,
- M.LEDDY, « Les différences en contrôle des concentrations et en antitrust » *RCC, n°133*, 2003
- N.LEVY, « The Control of Concentrations between undertakings » in V. KORAH, *Competition Law of the European Community*, Second Edition, Lexis Nexis, San Fransisco, 2001
- M.LOMBARD, “Les pouvoirs attachés aux actions spécifiques lors des privatisations doivent être strictement encadrés”, *Droit Administratif*, juillet 2002,
- Y.LOUSSOUARN, « La concentration des entreprises dans la Communauté économique européenne », *RCDIP*, 1974
- A.MARCHAL, «Nécessité économique des concentrations et fusions », *Revue du Marché commun*, 1968, pp 25 – 50.
- K. DE MEYER, « Abus de position dominante : Bruxelles se rapproche de la règle de raison américaine » *Les Echos*, 19/12/2005
- J. MODEN « Le secteur de l’énergie. Acteurs et stratégies » *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2008/9 (n° 1994), p.6-52
- M. MONTI, Mario, « La nouvelle politique de concurrence de l’Union européenne », *Revue de droit de l’Union européenne*, n°2, 2004, pp.137-153
- S. PAPON, « Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A case-by-Case Analysis », *E.C.L.R.*, n° 1, 2009
- N.PETIT, « Non-competition concerns under the ECMR – An overview », *Concurrences*, n° 4, 2008
- R. PEREZ, « Diversité historique des restructurations » in ; *Restructuration d’entreprises regards croisés*, Librairie Vuibert, Paris, 2007

- A. PERROT, “La frontière entre régulation sectorielle et politique de la concurrence”, *Revue française d’Economie*, Vol. 16 n°4, 2002
- A.PERROT, « Politiques de la concurrence, régulation et croissance : les choix de l’Europe et des Etats-Unis » in *LES OBSTACLES À LA CROISSANCE EUROPÉENNE*, Cahier n° 3, juillet 2003 du Cercles des économistes, Disponible sur <http://www.lecercledeseconomistes.asso.fr/spip.php?article16>
- A.PERROT, « Les gains d’efficacité : une situation contrastée » *RCC*, n°137, 2004, p.5
- M.PIERGIOVANNI. « EC Merger Control Regulation and the Energy Sector: An analysis of the European Commission’s Decisional Practice on Remedies », *Journal of Network Industries*, Volume 4, n°3, 2003
- M. POLLITT« The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks. » *Energy Policy*, 2008, n°36 (2)
- W.READER, “Versality Unlimited; Reflection on the History and Nature of the Limited Liability Company”, In; T.ORHNIAL, *Limited Liability and the Corporation*, Acton Society Trust ; London, 1982
- P. REY, « Toward a Theory of Competition Policy », in Dewartipont, Mathias, Hansen, Lars Peter, Turnovsky, Stephen (eds), *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications*, 2003 Eighth World Congress, Vol. II Cambridge University Press, 2000
- St. RODRIGUES, « Service publics et droit communautaire en 2001 : de la régulation à l’évolution » *Europe*, février 2002,
- A.G.SOARES, « “National Champions” Rhetoric in European Law Or the many faces of protectionism », *World Competition*, n°31(3), 2008
- D. SPECTOR, « Les nouveaux critères d’appréciation du contrôle communautaire des concentrations », in BRUNET, F., CANIVET, G., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008
- F.STEINER, « Regulation, Industry Structure and Performance in the Electricity Supply Industry », *OECD Economics Department Working Papers*, No. 238, OECD Publishing
- S. VERDE, « Everybody merges with somebody – The wave of M&As in the energy industry and the Emerge policy », *Energy policy*, n° 36, 2008

- J.VON BEKKUM , J. KLOOSTERMAN ,J. WINTER, « Golden Shares and the European Company law : the implications of Volkswagen », *European Company Law*, vol. 5, 2008
- P.WILHELM, F.VEVER, « La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition », *Jurisclasseur "Contrats Concurrence et Consommation"*, n° 11, novembre 2007
- A.WINCKLER , « Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control? », in LEVEQUE F. et SHELANSKI E.(eds) *Merger remedies in American and European Union Competition Law*, édition, Edward Elgar Publishing.2003
- A.WINCKLER, « Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions » in BRUNET, F., CANIVET, G. *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008
- D.YERNAULT « Constitution, privatisation et pouvoirs spéciaux : un débat oublié » *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2001/24-25 (n° 1729-1730)

VI – Documents officiels

A. TEXTES OFFICIELS

(Par ordre chronologique)

1. Textes communautaires

Règlements

- REGLEMENT (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n o 1775/2005 (*JO L 211 du 14.8.2009*)
- REGLEMENT (CE) n°714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n o 1228/2003. (*JO L 211 du 14.8.2009*)

- REGLEMENT(CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie (*JO L 211 du 14.8.2009*),

- REGLEMENT (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises *JO n° L 133 du 30/04/2004 p.*

- REGLEMENT (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L24 ; 29/01/2004)

- REGLEMENT (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (JO L 176 ; 15/07/2003)

- REGLEMENT (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), (JO L 294, 10.11.2001),

- REGLEMENT (CE) n° 2887/2000 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, (JO L 336, 30.12.2000)

Directives

- DIRECTIVE 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE , *JO L 211 du 14.8.2009*

- DIRECTIVE 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE *JO L 211 du 14.8.2009*,

- DIRECTIVE 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, JO L 140 du 5.6.2009, p. 16–62

- DIRECTIVE 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (JO L 310, 25.11.2005)

- DIRECTIVE 2004/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de

chaleur utile dans le marché intérieur de l'énergie et modifiant la directive 1992/42/CEE, JOUE, n°L 52 du 21 février 2004, pp. 50-60

- DIRECTIVE 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (JO L 176 ; 15/07/2003)

- DIRECTIVE 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176 ; 15/07/2003)

- DIRECTIVE 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, JOCE, n°L 283 du 27 octobre 2001, pp.33-40

- DIRECTIVE 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (JO L 204 ; 21/07/1998)

- DIRECTIVE 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant « Les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service postal » *JO L 15 du 21.1.1998, p. 14-25*

- DIRECTIVE 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO L 27 ; 30/01/1997)

- DIRECTIVE 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures *JO L 164 du 30.6.1994, p. 3-8*

- DIRECTIVE 90/547/CEE du Conseil du 29 octobre 1990 relative au transit sur les grands réseaux, *JOCE n° L 313 du 13 novembre 1990,*

- DIRECTIVE 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, (JO L 225 du 20.8.1990)

- Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes (JO L 295, 20.10.1978)

Decision de la Commission européenne

- Décision de la Com. du 13.06.1991, aff. n° IV/ M.085 ELF/OCCIDENTAL

- Décision de la Com. du 24.07.1991, aff. n° IV/ M.088 ELF/ENTREPRISE

- Décision de la Com du 18.10.1991, aff. n° IV/32.737, *Eirpage*

- Décision de la Com. du 21.10.1991, aff. n° IV/M.53 *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*

- Décision de la Com. du 22.07.1992, aff. n° IV/M.190 *Nestlé/Perrier*

- Décision de la Com. du 28.07.1993, aff. n° IV/ESCS.1031, US/Sollac/Bamesa

- Décision de la Com. du 31.01.1994, aff. n° IV/M.315 *Manesmann/Vallourec/Ilva*

- Décision de la Com. du 5.05.1994, aff. n° IV/M.417 *Viag/Bayernwerk*

- Décision de la Com. du 18.05.1994, aff. n° IV/33.640, *Exxon/Shell*

- Décision de la Com du 27.07.1994, aff. n° IV/34.857, *BT/MCI*

- Décision de la Com. du 01.09.1994, aff. n° IV/ M.493 TRACTEBEL/DISTRIGAZ(II)

- Décision de la Com. du 08.06.1995, aff. n° IV/M.568 EDF/EDISON-ISE

- Décision de la Com. du 1.07.1996, aff. n° IV/M.745 *Bayerwerk/Gaz de France*

- Décision de la Com. du 12.02.1996, aff. n° IV/M.672 BP/ Sonatrach

- Décision de la Com. du 07.10.1996, aff. n° IV/M.791 British Gas Trading Ltd. / Group 4 Utility Services

- Décision de la Com. du 05.06.1997, aff. n° IV/ M.916 Lyonnaise des eaux/ Suez

- Décision de la Com. du 29.10.1997, aff. n° IV/35.830, *Unisource*
- Décision de la Com. du 18.11.1997, Cas n° IV/M. 913 Siemens/
Elektrowatt
- Décision de la Com. du 02.06.1998, aff. n° IV/M.931 NESTE/ IVO
- Décision de la Com. du 25.05.1998, aff. n° IV/M.1169 EDF/ Graninge
- Décision de la Com. du 05.08.1998, aff. n° IV/M.1231 IVO/
STOCKHOLM ENERGI
- Décision de la Com. du 11.08.1998, aff. n° IV/M.1190 AMOCO/
REPSOL/ IBERDROLA/ ENTE VASCO DE LA ENERGIA
- Décision de la Com. du 15.10.1998, aff. n° IV/M.1315
ENW/EASTERN
- Décision de la Com. du 27.01.1999, aff. n° IV/M. 1346 EDF/LONDON
ELECTRICITY
- Décision de la Com. du 5.07.1999, aff. n° IV/M.1573, *Norsk
Hydro/Saga*
- Décision de la Com. du 20.07.1999, aff. COMP/M.1616,
BSCH/Champalimaud
- Décision de la Com. du 13.09.1999, aff. n° IV/M.1633.
RWE/Vivendi/Berliner Wasserbetriebe
- Décision de la Com. du 28.09.1999, aff. n° COMP/M.1557 EDF/ Louis
Dreyfus
- Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/ M.1383 Exxon/Mobil
- Décision de la Com. du 29.09.1999, aff. n° IV/M.1532 BP Amoco/
Arco
- Décision de la Com. du 30.11.1999, aff. n° COMP/JV.28
Sydkraft/HEW/ Hanza Energy Trading
- Décision de la Com. du 3.02.2000, aff. n° COMP/JV.36, *TXU Europe/
EDF-London Investement*
- Décision de la Com. du 07.02.2000, aff. n°IV/M.1863
ELECTRABEL/EPON
- Décision de la Com. du 07.02.2000, aff. n° COMP/M.1853 EDF/EnBW
- Décision de la Com. du 09.02.2000, aff. n° COMP/M.1628
TOTALFINA/ELF

- Décision de la Com. du 13.06.2000, aff. n°COMP/M.1673 VEBA / VIAG
- Décision de la Com. du 14.07.2000, aff. n°COMP/M.1949 WESTERN POWER DISTRIBUTION/ HYDER
- Décision de la Com. du 27.10.2000, aff. n°COMP/M.2181 RWE/ THAMES WATER
- Décision de la Com. du 29.11.2000, aff. n°COMP/M.2209 EDF Group /COTTAM POWER STATION
- Décision de la Com. du 28.02.2001, aff. n° COMP/M.2208 CHEVRON /TEXACO
- Décision de la Com. du 05.03.2001, aff. n° COMP/M.2340 EDP/CAJASTUR/CASER/HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO
- Décision de la Com. du 23.08.2001, aff. n° COMP/M.2362, Dalkia Holding/Clemessy
- Décision de la Com. du 28.08.2001, aff. n° COMP/M.2532 *FIAT/Italenergia/Montedison*
- Décision de la Com. du 17.09.2001, aff. n° COMP/M.2586 *CE/Yorkshire electric*
- Décision de la Com. du 26.09.2001, aff. n° COMP/M.2434 Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico
- Décision de la Com. du 23.11.2001, aff. n°COMP/M.2443 E.ON/PowerGen
- Décision de la Com. du 20.12.2001, aff. n° COMP/ M.2675 EDF/TXU EUROPE/WEST BURTON POWER STATION
- Décision de la Com. du 20.12.2001, aff. n°COMP/M.2679 EDF/TXU EUROPE/24Seven
- Décision de la Com du 06 .03.2002, aff n° COMP/M.2681 *Conoco Inc/Phillips Petroleum Company*
- Decision de la Com. du 19.03.2002, aff. n°COMP/IV M. 2684, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*
- Décision de la Com. du 12.04.2002, aff. n° COMP/M.2801, *RWE/Innogy*

- Décision de la Com. du 6.06.2002, aff. n° COMP/M.2791 *Gaz de France/Ruhrgas /Slovensky*
- Décision de la Com. du 25.07.2002, aff. n° COMP/M.2890 *EDF/SEEBOARD*
- Décision de la Com. du 17.12.2002, aff. n° COMP/M.2822, *EnBW/ENI/GVS*
- Décision de la Com. du 18.12.2002, aff. n° COMP/M.3007, *E.ON/TXU*
- Décision de la Com. du 23.12.2002, aff. n° COMP/M.2857, *ECS/IEH*
- Décision de la Com. du 23.01.2003, aff. n° COMP/M.3052 *ENI/Fortum Gas*
- Décision de la Com. du 25.04.2003, aff. n° COMP/M.3086 *Gaz de France/ Pressag Energie*
- Décision de la Com. du 19.06.2003, aff. n° COMP/M.3187, *ENTE VASCO DE LA ENERGIA/HIDROCANTABRICO/NATURCORP*
- Décision de la Com. du 25.07.2003, aff. n° COMP/M.3212, *GDF/ITALCOGIM/JV*
- Décision de la Com. du 26.08.2003, aff. n° COMP/M.3210 *EDF/EDFT*
- Décision de la Com. du 30.10.2003, aff. n° COMP/M.3268 *Sydkraft/Graninge*
- Décision de la Com. du 09.09.2004, aff. n° COMP/M.3448, *EDP/Hidroelectrica del Cantabrico*
- Décision de la Com. du 21.09.2005, aff. n° COMP/M.3440 *ENI/EDP/GDP*
- Décision de la Com. du 7.09.2005, aff. n° COMP/M.3883 *GDF/Centrica/SPE*
- Décision de la Com. du 15.11.2005, aff. n° COMP/M.3986, *Gas Natural/Endesa*
- Décision de la Com. du 21.12.2005, aff. n° COMP/M.3696, *E.ON/MOL*
- Décision de la Com. du 22.12.2005, aff. COMP/M.3867, *Vattenfall/Elsam and E2 Assets*
- Décision de la Com. du 14.03.2006, aff. n° COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*

- Décision de la Com. du 25.04.2006, aff. n° COMP/ M.4110
E.ON/ENDESA
- Décision de la Com. du 11.07.2006, aff. n° COMP/M.4238
E.ON/Prazska plynarenska
- Décision de la Com. du 14 .11.2006, aff. n° COMP/M.4180, *Gaz de France/Suez*
- Décision de la Com. du 26.03.2007, aff. n° COMP/M.4517,
IBERDROLA/SCOTTISH POWER
- Décision de la Com. du 05.12.2007, aff. n° COMP/M.4685
ENEL/ACCIONA/ENDESA
- Décision de la Com du 22.12.2008, aff. n°COMP/M.5224,
EDF/BRITISH ENERGY
- Décision de la Com. du 10.06.2009, aff. n°COMP/M.4994,
ELECTRABEL/CNR
- Décision de la Com. du 22.06.2009, aff. n° COMP/M.5496
Vattenfall/Nuon
- Décision de la Com du 23.06.2009, aff. n° COMP/M.5467,
RWE/ESSENT
- Décision de la Com. du 21.08.2009, aff. n° COMP/M.5585
CENTRICA/VENTURE PRODUCTION
- Décision de la Com du 15.09.2009, aff. n° COMP/M.5604,
DONG/KOM-STROM
- Décision de la Com du 16.10.2009, aff. n°COMP/M.5512
ELECTRABEL/E.ON
- Décision de la Com. du 12.11.2009, aff., n° COMP/M.5549
EDF/Segebel
- Décision de la Com. du 15.12.2009, aff. n° COMP/M.5711,
RWE/ENSY

Communications, livres blancs, livres verts, propositions et documents de travail de la Commission et du Parlement

- Commission européenne, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen : L'achèvement du marché intérieur – COM(85) 310 final
- Commission européenne, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipement de télécommunications - COM(87) 290, juin 1987
- Commission européenne, The Internal Energy Market (Commission Working Document) COM(88) 238 final, 2 may 1988
- Commission européenne, Proposition de directive du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *JOCE* n° C. 65 du 14 mars 1992
- Commission européenne, Communication de la Commission, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM.(1996) 443 final JO C 281 du 26.09.1996
- Commission européenne, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Journal officiel* n° C 372 du 09/12/1997
- Commission européenne, DG Concurrence, XXIX Rapport sur la politique de concurrence, 1999, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/fr.pdf
- Commission européenne, Communication de la Commission, *Les services d'intérêt général en Europe* COM(2001) 580 final, 19.01.2001, JO C 17 du 19.01.2001
- Commission européenne, Premier rapport d'étalonnage sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité, SEC(2001) 1957, 03.12.2001
- Commission européenne, Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, JO C 68 du 2 mars 2001

- Commission européenne, Deuxième rapport d'étalonnage sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité, SEC(2003) 448, 7.4.2003
- Commission européenne, Rapport annuel sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité COM(2004) 863 final, 05.01.2004
- Commission européenne, Communication de la Commission, *Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive*, COM(2004) 293 final, 20 avril 2004
- Commission européenne, Commission européenne, Communication de la Commission 2005/C 56/04 du 5 mars 2005 relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration, JOUE C 56, 5 mars 2005
- Commission européenne, Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2005) 568 final, 15.11.2005
- Commission européenne, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, (C 298/11), *Journal officiel n° C 298 du 8/12/2006*
- Commission européenne, Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2006) 841 final, 10.01.2007
- Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 10 juillet 2007 sur les perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité (2007/2089(INI)) disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2007-0326+0+DOC+PDF+V0//FR>
- Commission européenne, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité du 10 janvier 2007, COM(2006) 851 disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:FR:PDF>
- Commission européenne, Proposition de la Commission au Conseil de l'Union européenne DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité [COM (2007) 528 final] disponible sur <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st13/st13043.fr07.pdf>

- Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01) JO. n° C 95, 16 avril 2008

- Commission européenne, Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO, C 267, 22.10.2008

- Commission européenne, Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité [COM(2009) 115 final– Non publié au Journal officiel]. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0115:FR:NOT>

- Commission européenne, Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – The unbundling regime disponible sur http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf (

2. Textes nationaux

Textes français

- Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n°35 du 11 février 2000 page 2143

- Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie

- Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. ORF n°185 du 11 août 2004 page 14256

- Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JORF n°284 du 8 décembre 2006 page 18531

B. TEXTES DIVERS

- EX- Post Review of Merger Control Decision – A study for the European Commission prepared by L.e.a.r.
- L'achèvement du marché intérieur de l'énergie, Rapport d'information n° 187, Sénat, Session ordinaire de 2001-2002
- Le marché européen de l'énergie : enjeux et conséquence de l'ouverture, Rapport d'information n° 305, Sénat, Session ordinaire de 2001-2002
- CRE, Rapport d'activité, 2002
- Effects of mergers and market concentration in the US petroleum Industry, Report the Ranking Minority Member, permanent subcommittee on investigations, Committee on governmental affairs, US Senate, May 2004
- Audition, ouverte à la presse, conjointe avec la Délégation à l'Union européenne, de M. Andris Piebalgs, commissaire européen chargé de l'énergie, disponible sur <http://www.assembleenationale.fr/13/cr-cpro/07-08/c0708025.asp>
- Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98, in: Official Journal C 68, 02.03.2001
- Merger Remedies Study – DG Competition, European Commission, 2005, Disponible sur : http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf
- Résolution du Parlement européen du 10 juillet 2007 sur les perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité ([2007/2089\(INI\)](#))
- OCDE, « Relationship between regulators and competition authorities », Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, DAFPE/CLP (99) 8. disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>
- Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel n° C 031 du 05/02/2004 p. 0005 – 0018*

Communiqué de presse de la Commission

- Communiqué de presse de la Commission du 21 décembre 2005
IP/05/1658
- Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006,
IP/06/1264
- Communiqué de presse de la Commission du 26 septembre 2006,
IP/06/1265
- Communiqué de presse de la Commission du 14 novembre 2006,
IP/06/1558
- Communiqué de presse de la Commission du 29 novembre 2006,
IP/06/1649
- Communiqué de presse de la Commission du 22 octobre 2008,
IP/08/1567

VII – Jugements, arrêts, avis, décisions et conclusion d’avocat général

A. AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE

CJCE / CJUE

- CJCE ,13 juillet 1962, Aff. 19/61, *Mannesman AG c/Haute Autorité*,
Rec. 1962, p.625
- CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76 *United Brands Company et United
Brands Continental B.V. c./ Commission* , Rec. 1978 p.207
- CJCE, 3 mai 1978, aff. n° 85/76, *Hoffmann – La Roche c/Commission*
Rec.1978 p.461
- CJCE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, *NV Nederlandsche Banden-
Industrie-Michelin c./ Commission*, Rec. 1983 p.3461
- CJCE, 10 juillet 1984, aff. 72/83, *Campus Oil*, , Rec 1984. p.2727

- CJCE, 22 juillet 1984, Aff. 170/83, *Hydrotherm c/ Compact*, Rec. 1984, p.2999
- CJCE, 23 février 1988, aff. 131/86 *Royaume-Uni/ Conseil*, Rec.1988 p.905
- CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Hofner*, Rec.1991, p.1979
- CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91 *Procédure pénale contre Corbeau*, , Rec.1993, p. I – 2563
- CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Gemeente Almelo c/Energiebedrijf IJsselmij NV*, Rec 1994 p. I - 1508
- CJCE, 15 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA*, Rec. 1994, p.I-4013
- CJCE, 14 décembre 1995, aff. C- 163, 165 et 250/94, *Sanz de Lera*, Rec. p. I- 482
- CJCE, 1er juin 1999, aff. C-302/97, *Konle*, Rec 1999. p. I-3099
- CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-376/98 *Allemagne c/Parlement européen et Conseil*, Rec. 2000, p. I-8419
 - Conclusion du 15 juin 2000, aff. C-376/98 *Allemagne c/Parlement européen et Conseil*, Rec. 2000, p. I-8423,(Avocat générale FENNELLY)
- CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98 *Commission c/ Portugal*, Rep. 2002, p. I-4731
- CJCE, 4 juin 2002, aff. C-503/99,*Commission c/ Belgique*, , Rec 2002. p.I-4809
- CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, , Rec.2002. p.I-4781
- CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 P et C-13/03 P, *Commission c/Tetra Laval BV*, Rec. 2005 p. I-1113
- CJCE, 2 juin 2005, C-174/04, *Commission c/Italie*, , Rec. 2005, p. I- 4933
- CJCE, 23 octobre 2007, aff. C-112/05, *Commission c./Allemagne*, Rec.2007, p. I-8995
- CJCE, 6 mars 2008, aff. C-196/07*Commission c/ Espagne*, , Rec2008, p.I-41

TPI

- TPI, 17 décembre 1991, aff. T-4/89, *BASF c/Commission*, Rec. 1991, p. II -1523
- TPI, 17 décembre 1991, aff. T-6/89, *Enichem Anic c/Commission*, Rec. 1991, p. II-1623
- TPI, 17 décembre 1991, aff. T-7/89, *Hercules Chemicals c/Commission*, Rec.1991, p. II - 1711
- TPI, 17 décembre 1991, aff. T-8/89, *DSM c/Commission*, Rec.1991, p. II - 1833
- TPI, 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor c./ Commission*, Rec.1999, p. II -753
- TPI, 12 décembre 2000, Aff. T-128/98, *Aéroport de Paris*, Rec. 2000 p. II-3929
- TPI, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Société Airtours c/ Commission*, Rec 2002, p.II- 2585
- TPI, 22 octobre 2002, aff. T-310/01 et T- 77/02, *Société Scheider Electric c/ Commission*, Rec 2002. p.II- 4071
- TPI, 25 octobre 2002, aff. T-5/02 et T- 80/02, *Société Tetra Laval c/ Commission*, Rec 2002. p.II- 4381
- TPI, 21 septembre 2005, aff. T-87/05, *EDP c./ Commission* , Rec. 2005, p. II-3745
- TPI, 14.décembre 2005, aff. T-209/01 *Honeywell c./ Commission* , Rec. 2005, p.II-5527
- TPI, 14 décembre 2005, *General Electric c./ Commission*, aff. T-210/01, Rec. 2005, p.II-5527
- TPI, 14 juillet 2006, aff. T-417/05 *Endesa c./ Commission* , Rec 2006, p.II-2533.
- TPI, 23.février 2006, aff. T-282/02 *Cementbouw/Commission*, Rec. 2006, p. II-319
- TPI, 30 avril 2008, aff. T-65/08 *Espagne c/ Commission* , Rec. 2008, p. II - 69

B. AU NIVEAU NATIONAL

1. Royaume-Uni

- Monopolies and mergers commission, *PowerGen plc and Midlands Electricity plc*. A Report on the proposed merger, 1996
- Monopolies and mergers commission, *National Power plc and Southern Electric plc*. A Report on the proposed merger, 1996

2. France

- Conseil de la Concurrence, Décision du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, aff. n°98-D-60

3. Allemagne

- Décision du Bundeskartellamt B8 - 309/99 du 3 juillet 2000 ,*RWE/VEW*
- Décision du Bundeskartellamt 4000-U-109/01 du 21 janvier 2002, *E.ON/Ruhrgas*

C. AU NIVEAU INTERNATIONAL

- CIJ, 1 juillet 1952, Affaire Ambatielos (Grèce c/ Royaume-Uni), Rec., 1952, p. 27
- CIJ, 26 juin 1992, Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c/ Australie), Rec., 1992, p. 239

Table des matières

AVERTISSEMENT	4
REMERCIEMENTS.....	5
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	8
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	11
PARTIE I LES CONCENTRATIONS – UN SIGNE POSITIF POUR LE MARCHÉ INTERIEUR DE L’ENERGIE.....	25
<i>TITRE I</i> DE L’OPPOSITION DE MARCHÉS NATIONAUX À L’ÉTABLISSEMENT D’UN MARCHÉ EUROPÉEN	28
<i>CHAPITRE I</i> Les marchés énergétiques pertinents périphériques du réseau.....	29
SECTION 1 Les marchés pertinents dans les activités d’amont de la filière énergétique	30
§1 L’encadrement des activités d’amont	30
§§ 1. L’encadrement des activités d’amont dans le secteur des hydrocarbures	31
a. L’accès aux ressources	31
i. Les fondements juridiques de l’accès aux ressources	32
α. La propriété sur les ressources hydrocarbures : droits exclusifs et transférables	32
β. La régulation des transactions : ordre marchand et ordre constitutionnel	34
ii. La prospection, l’exploration et l’exploitation des ressources hydrocarbures	35
α. Le régime des autorisations ou les conditions d'accès aux activités d'amont	36
β. Les conditions d'exercice des activités amont.....	38
b. Le transport d’amont des hydrocarbures	40
i. Le droit d’accès	42
ii. La prise en compte de la spécificité des gazoducs d’amont	43
§§ 2. L’encadrement des activités d’amont dans le secteur de l’électricité.....	45
a. L’accès au marché de la production d’électricité	45
i. La procédure d’autorisation	45
ii. La procédure d’appel d’offres.....	48
b. L’organisation de la structure de la production de l’électricité par le biais de la promotion des énergies renouvelables et la cogénération.....	50
i. Les liens entre la directive « énergie renouvelables » et les directives électricité	51
ii. Les liens entre la directive « cogénération » et les directives électricité	53
§ 2 L’évolution des activités d’amont comme des marchés pertinents	55

§§ 1 Les marchés de produits pertinents.....	56
a. Les marchés de produits pertinents dans le secteur d'électricité.....	58
b. Les marchés de produits pertinents dans le secteur des hydrocarbures.....	59
§§ 2 La dimension géographique des marchés pertinents.....	61
SECTION 2 Les marchés pertinents dans les activités l'aval de la filière énergétique.....	63
§ 1. L'encadrement des activités d'aval.....	63
§ 2 L'évolution des activités d'aval comme des marchés pertinents.....	66
§§ 1 Les marchés de produits pertinents.....	66
a. Le négoce.....	68
b. Le comptage et le raccordement.....	70
c. Le marché de services d'ajustement.....	72
§§ 2 Les marchés géographiques.....	73
<i>CHAPITRE II Les marchés énergétiques de réseaux.....</i>	<i>78</i>
SECTION 1 L'organisation des activités de réseaux.....	79
§ 1 Les mutations des gestionnaires de réseaux de transport.....	81
§§ 1 Séparation patrimoniale.....	81
a. L'imposition de la séparation patrimoniale aux entreprises privées.....	84
b. L'imposition de la séparation patrimoniale d'une manière égale.....	90
§§ 2 Les alternatives – « ISO » et « ITO ».....	93
a. « ISO » - Le gestionnaire de réseau indépendant.....	93
b. « ITO » - Le gestionnaire de réseaux de transport indépendants.....	96
i. La gestion des réseaux de transport.....	97
ii. Le développement du réseau et le pouvoir de prendre des décisions d'investissement.....	102
§ 2 Les mutations des gestionnaires de réseaux de distribution.....	103
§§ 1 Séparation juridique et comptable.....	103
§§ 2 Séparation gestionnaire.....	106
a. La définition de la séparation gestionnaire.....	106
b. Les éléments de la séparation gestionnaire selon les directives.....	108
SECTION 2 La reconnaissance et l'évolution des activités de réseaux comme des marchés pertinents.....	113
§ 1. Les marchés de produits pertinents.....	113
§§ 1. Les marchés de produits dans le secteur d'électricité.....	113
§§ 2. Les marchés de produits dans le secteur des hydrocarbures.....	114
§ 2 La dimension géographique des marchés de produits pertinents.....	117
TITRE II LA MOBILITÉ DES ENTREPRISES ÉNERGÉTIQUES.....	120
<i>CHAPITRE III Mobilité des formes normatives d'organisation des activités.....</i>	<i>125</i>
SECTION I Les concentrations comme un instrument de la délocalisation des activités : la nature économique.....	127
§ 1. Les concentrations comme un moyen d'expansion géographique.....	129
§§ 1. Apparition des oligopoles régionaux à ambition européenne.....	129
§§ 2. EDF et GDF- deux géants avec une stratégie européenne.....	136
a. La prise de position d'EDF en Europe.....	136
b. La stratégie européenne de GDF.....	141
§ 2. Les concentrations comme un moyens de diversification des activités.....	146
§§ 1. Recherche de convergence : apparition d'un oligopole multi - énergétique.....	147
§§ 2. La convergence dans les activités d'aval : l'offre multiservice.....	155

SECTION II – Les concentrations comme un instrument de la délocalisation des activités : la nature juridique	161
§1. Les concentrations capitalistiques	162
§§ 1. Fusions	162
§§ 2. Acquisition de contrôle.....	169
§§ 3. Entreprises communes de plein exercice.....	173
§ 2. Les concentrations non capitalistiques	175
<i>CHAPITRE IV Les obstacles devant la mobilité des entreprises énergétiques.....</i>	<i>178</i>
SECTION I Les obstacles liés à la libéralisation : la protection des champions nationaux.....	178
§ 1 La construction politique de la thématique du champion national.....	178
§§ 1. Une préoccupation croissante des gouvernements nationaux	179
§§ 2. Le patriotisme énergétique et la construction européenne	180
§ 2. La gestion opérationnelle par les règles communautaires.....	182
§§ 1. La règle des deux tiers.....	183
§§ 2 L’invocation de l’article 21, paragraphe 4 du Règlement	186
a La définition des intérêts légitimes	186
b. L’invocation des intérêts légitimes dans le secteur de l’énergie	189
i. La Saga Endesa	189
ii. Le contrôle de l’invocation des intérêts légitimes.....	191
α La réaction de la Commission européenne.....	191
β. La réaction du juge communautaire.....	193
SECTION II Les obstacles liés à la privatisation : le cas des actions spécifiques (« golden shares »).....	194
§ 1. Les actions spécifiques ("golden shares") à l’épreuve de la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des capitaux	195
§§ 1. Les particularités d’application de l’article 63 TFUE (ex-article 56 TCE) dans le secteur de l’énergie	195
§§ 2. La justification sélective des « Golden Shares » : la préservation conditionnelle du statut préférentiel de l’Etat actionnaire	199
a. La notion de « service d’intérêt général » dans le secteur d’énergie : L’industrie de réseaux et le service public	199
i. Le monopole naturel : fondement du service public dans l’industrie de réseaux.....	199
ii. Le Service public dans l’industrie de réseaux.....	201
b. La justification sélective de la Cour	206
§§ 3. Le caractère insuffisant de la jurisprudence « Golden Shares ».....	213
§ 2. L’impact des actions spécifiques sur la qualification des opérations concentratives.....	216
§§ 1. Le cas de Distrigaz	216
§§ 2. La privatisation de SYNATOM	218

PARTIE II LE ROLE DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS LE PROCESSUS DE REALISATION DU MARCHE INTERIEUR DE L’ENERGIE.....224

TITRE I LA PLACE ET LE RÔLE DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DU CONTRÔLE DES SECTEURS EN VOIE DE LIBERALISATION	226
--	-----

<i>CHAPITRE V Proximité des régulateurs et des autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle du secteur de l’énergie</i>	<i>228</i>
--	------------

SECTION 1 Les objectifs des régulateurs et des autorités de la concurrence	230
SECTION 2. Comparaison des moyens adoptés par les régulateurs et les autorités de la concurrence	233
§ 1. Etendue et dynamique des outils de régulation et de contrôle des concentrations	234
§§ 1 Les autorités de régulation.....	234
§§ 2 Les autorités de concurrence.....	235
a. Les instruments dans le cadre de la politique antitrust.....	235
b. Les instruments dans le cadre de la politique de contrôle de concentration.....	236
§ 2. Procédures ex ante ou ex post	238
§ 3. Niveau informationnel des régulateurs et des autorités de la concurrence.....	239
§ 4. Pouvoir discrétionnaire	241
§§ 1. Le contrôle exercé par le TPICE et la CJCE sur les décisions de la Commission en matière de concentrations.....	244
§§ 2. L'étendue du contrôle à la lumière de la jurisprudence récente.....	245
a. Le TPICE contrôle l'interprétation de la Commission (affaire Tetra Laval-Sidel).....	245
b. Le TPICE vise les décisions mal justifiées	247
<i>CHAPITRE VI Incitations des autorités de concurrence à restructurer le secteur énergétique.....</i>	<i>250</i>
SECTION 1. Les contextes de la régulation.....	251
§ 1. La régulation dans le contexte général	251
§ 2. La régulation dans le contexte du secteur de l'énergie.....	253
SECTION 2. L'organisation de la régulation dans le secteur de l'électricité et du gaz.....	256
§ 1. Une harmonisation attendue des compétences des régulateurs nationaux.....	257
§§ 1. Une indépendance accrue.....	258
§§ 2. Des compétences étendues.....	260
§ 2. Une agence européenne de coopération des régulateurs	261
SECTION 3 Régulateurs et autorités de la concurrence – question d'inter-régulation.....	264
SECTION 4 Une politique de concurrence au service d'une politique industrielle	267
TITRE II L'UTILISATION DES RÉGLES DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE.....	271
<i>CHAPITRE VII La tentative d'amélioration du fonctionnement du marché intérieur de l'énergie par la Commission : protection de la concurrence</i>	<i>273</i>
SECTION 1 L'appréciation du bilan concurrentiel des concentrations	273
§1. Le contrôle opéré sur la base de l'article 2 paragraphe 3	274
§§ 1. L'évaluation de la dominance individuelle	274
§§ 2. Evaluation de la dominance collective.....	278
§ 2. Le contrôle opéré sur la base de l'article 2 paragraphe 4 : la question de la coordination du comportement concurrentiel.....	281
§§ 1. Le lien de causalité.....	282
§§ 2. La vraisemblance du caractère appréciable des effets de coordination	283
SECTION 2 L'appréciation des opérations par la prise en compte des gains d'efficacité.....	284
§ 1 La position européenne sur les gains d'efficacité.....	286
§§ 1 Le privilège accordé au bilan concurrentiel sous l'empire du Règlement 4064/89	286
§§ 2 Les gains d'efficacité dans l'ex-article 81, paragraphe 3 TCE (Art. 101, paragraphe 3 TFUE).....	289
§§ 3 La reconnaissance de la notion d'efficacités dans le Règlement (CE) n°139/2004	290

§ 2. Efficiences dans les concentrations entre opérateurs énergétiques	293
§§ 1 Les concentrations horizontales	293
§§ 2 Les concentrations verticales	294
<i>CHAPITRE VIII Les tentatives d'accélération du fonctionnement par la Commission : le recours</i>	
<i>aux «remèdes»</i>	<i>297</i>
SECTION 1 Le choix des mesures correctives	298
§ 1 Règles de procédure dans les cas de contrôle des concentrations	298
§§ 1 Discussion informelle et notification	298
a. Effet suspensif de la notification	299
b. Contenu de la notification	300
§§ 2 Les enquêtes de Phase I	301
a. Déroulement de la Phase I	302
b. Les mesures correctives en Phase I	303
§§ 3 Les enquêtes de Phase II	306
§ 2 Typologie des mesures correctives	308
§§ 1 Une appréciation globale des mesures correctives	308
§§ 2. Caractéristique des mesures correctives	310
a. La classification traditionnelle des remèdes	310
b. La mesure des performances des mesures correctives	312
SECTION 2 Les mesures correctives dans le secteur de l'énergie	314
§ 1 Les différents types de remèdes	317
§§ 1. La cession : un remède structurel essentiel	317
§§ 2. Les programmes de cession d'énergie	319
a. Les programmes de cession de gaz	320
b. Les programmes de cession d'électricité : Virtual Power Plant	322
§§ 3. Les remèdes comportementaux d'accès	323
§§ 4. Les engagements relatifs aux contrats	324
§§ 5. Les « remedy packages » : illustration de l'activisme de la Commission	325
§ 2 L'approche dynamique de la Commission	327
§§ 1 Restructuration du marché allemand via les fusions entre RWE et VEW et Veba et Viag	330
§§ 2 Fusion EDF/EnBW : les effets des mesures correctives sur le marché français	334
§§ 3 Analyse des mesures correctives sur le marché espagnol	338
CONCLUSION	347
BIBLIOGRAPHIE	352
I - OUVRAGES	352
A. OUVRAGE GÉNÉRAUX, MANUELS	352
B. OUVRAGES SPÉCIALISÉS	353
II - CODES, COMMENTAIRES DE TRAITÉS, DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES,	
JURISCLASSEURS	355

III – COLLOQUES, CONGRÈS, JOURNÉES D’ÉTUDES, RECUEIL DES TEXTES, RAPPORT DE TRAVAIL	355
IV – THÈSES ET MÉMOIRES	360
V – ARTICLES, CHRONIQUES.....	361
VI – DOCUMENTS OFFICIELS	367
A. TEXTES OFFICIELS	367
1. <i>Textes communautaires</i>	367
Règlements	367
Directives	368
Communications, livres blancs, livres verts, propositions et documents de travail de la Commission et du Parlement	375
2. <i>Textes nationaux</i>	377
Textes français	377
B. TEXTES DIVERS	378
Communiqué de presse de la Commission	379
VII – JUGEMENTS, ARRÊTS, AVIS, DÉCISIONS ET CONCLUSION D’AVOCAT GÉNÉRAL	379
A. AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE.....	379
1. <i>CJCE / CJUE</i>	379
2. <i>TPI</i>	381
3. <i>Commission européenne</i>	370
B. AU NIVEAU NATIONAL	382
C. AU NIVEAU INTERNATIONAL	382
TABLE DES MATIÈRES.....	383

Résumé :

La réalisation du marché intérieur de l'énergie constitue le moyen de diminuer le coût de l'énergie pour les consommateurs tout en assurant d'autres objectifs tels que la sécurité d'approvisionnement. Toutefois, les marchés européens du gaz et de l'électricité connaissent de nombreuses défaillances identifiées par la Commission dans son rapport résultant d'une enquête sectorielle lancée en 2005. Les Directives de libéralisation ne suffisant pas, elle prône une application renforcée du droit de la concurrence, en particulier du droit du contrôle des concentrations. L'objet de cette étude est dès lors d'analyser l'utilisation de ces règles dans le cadre du processus de libéralisation des marchés énergétiques en Europe.

Après une explication de la vague de concentrations ayant eu lieu dans le secteur énergétique sous l'impact de la libéralisation et du contexte qui l'entoure, on s'intéresse à l'utilisation des règles du contrôle des concentrations. Cette étude tente de mettre en exergue l'utilisation orientée de ses règles. Les Etats membres tout d'abord tendent à favoriser les opérations de concentrations se produisant entre des entreprises nationales tout en posant des obstacles aux opérations impliquant l'entrée sur leurs territoires d'acteurs étrangers.

La Commission quant à elle favorise les concentrations de nature transfrontalière afin d'aider à la réalisation du marché intérieur et au développement de l'aspect concurrentiel de ce marché. Pour ce faire, elle a recours à un outil particulier : les remèdes. De tels rapprochements entre entreprises favorisant le marché intérieur, il n'est pas dans l'intérêt de la Commission de les interdire. Les remèdes permettent d'éliminer les effets négatifs qui pourraient résulter d'une opération de concentration. Cette étude propose une analyse des différents remèdes ayant été acceptés par la Commission afin de résoudre un problème de concurrence.

Descripteurs : Energie ; Contrôle de concentration ; Marché intérieur de l'énergie ; Libéralisation ; Intérêts légitimes ; Remèdes

Title and Abstract :***Influence of concentration on the completion and operation of the internal energy market***

The completion of the internal energy market is the way to reduce energy costs for consumers while providing other objectives such as security of supply. However, European gas and electricity markets are experiencing many failures identified by the Commission in its report published in 2007. The Commission advocates a stronger application of competition law, in particular the rules of merger control because the liberalization directives was not enough. Therefore the purpose of this study is therefore to analyze the application of those rules in the process of liberalization of energy markets in Europe.

After an explanation of the merger wave that occurred in the energy sector under the impact of liberalization and the environment that surrounds it, we are interested in the application of the rules of merger control.

In this scope we will see that the Commission encourages the concentration of cross-border nature to help build the internal market and to develop the competition. To realize this objective, the Commission uses a particular tool: the remedies. The remedies can eliminate the negative effects that could result from a merger. This study provides an analysis of the various remedies that have been accepted by the Commission to resolve the problems of competition.

Keywords: Energy; Merger control; Internal Energy Market; Liberalization; Legitimate interests; Remedies